

Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Amrei Schröder

geboren am 10. April 1977
in Schleiz

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Professor Dr. Stefan Leible
2. Gutachter (Koreferent): Professor Dr. Hannes Unberath, M. Jur. (Oxford)
3. Prüfer: Professor Dr. Michael Brenner

Disputation: 8. Mai 2008

Diese Arbeit widme ich meinen Eltern
und meiner Schwester Anja.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen.

An dieser Stelle möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Stefan Leible bedanken, der mir als Betreuer meiner Dissertation stets hilfreich zur Seite stand und mich zu dieser Arbeit ermutigte. Darüber hinaus danke ich Herrn Prof. Dr. Hannes Unberath für das mir entgegengebrachte Vertrauen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Rojo Fernández-Rio, der mir nicht nur die Recherche an der Universidad Autónoma de Madrid ermöglicht, sondern meine Dissertation durch seine Beratung und Unterstützung auch maßgeblich gefördert hat.

Achern, im Mai 2008

Amrei Schröder

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	XIV
Literaturverzeichnis.....	XVIII
Spanische Literatur.....	XVIII
Deutsche Literatur.....	XXXIII
 Einleitung.....	 1
 <i>Erstes Kapitel: Alte Rechtslage und Reformentwicklung in Spanien.....</i>	 <i>5</i>
A. Bislang gültige Rechtslage.....	5
B. Immobiliarsicherheiten in den Insolvenzverfahren nach altem Recht.....	17
C. Frühere Reformversuche.....	31
 <i>Zweites Kapitel: Das neue spanische Insolvenzrecht – Ley Concursal.....</i>	 <i>40</i>
A. Insolvenzrechtsreform in Spanien.....	40
B. Neue Rechtslage nach dem Konkursgesetz (<i>Ley Concursal</i>)	47
 <i>Drittes Kapitel: Rangfolge der Forderungen im Konkurs.....</i>	 <i>87</i>
A. Klassifizierung der Forderungen	87
B. Bewertung der Reform der Rangfolge der Forderungen im Konkurs.....	124

<i>Viertes Kapitel: Dingliche Sicherheiten im Konkurs in Spanien.....</i>	<i>133</i>
A. Dingliche Sicherheiten	133
B. Vollstreckung.....	143
 <i>Fünftes Kapitel: Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz.....</i>	 <i>208</i>
A. Immobiliehypothek in der Insolvenz.....	209
B. Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz.....	274
C. Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung in der Insolvenz	291
D. Immobilienleasing in der Insolvenz.....	304
E. Anticresis in der Insolvenz.....	316
F. Sicherungsübereignung in der Insolvenz.....	320
G. Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen in der Insolvenz.....	340
 <i>Sechstes Kapitel: Deutsche Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz.....</i>	 <i>348</i>
A. Deutsche Immobiliarsicherheiten	348
B. Behandlung deutscher Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz	357
 <i>Siebentes Kapitel: Rechtsvergleichende Zusammenfassung und Ausblick.....</i>	 <i>438</i>
A. Rangfolge.....	439
B. Nachrangigkeit.....	442
C. Anfechtungsregeln.....	452
D. Abgesonderte Befriedigung aus Immobiliarsicherheiten.....	455
E. Schlussbetrachtung und Ausblick.....	465

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Anlass und Anliegen der Arbeit.....	1
II. Problemstellung.....	2
II. Gang der Untersuchung.....	3
 <i>Erstes Kapitel</i> Alte Rechtslage und Reformentwicklung in Spanien	
A. Bislang gültige Rechtslage.....	5
I. Ausgangssituation	5
II. Insolvenzverfahren der vergangenen Jahre in Spanien.....	7
Tabelle: Anzahl der Zahlungseinstellungs- und Konkursverfahren in Spanien und der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland in den Jahren 1997- 2004....	8
III. Die einzelnen Insolvenzverfahren nach altem Recht.....	10
1. Insolvenz des Kaufmanns.....	10
a) <i>Quiebra</i>	10
b) <i>Suspensión de pagos</i>	12
2. Insolvenz des Nichtkaufmannes.....	15
a) <i>Concurso de acreedores</i>	15
b) <i>Quita y espera</i>	16
B. Immobiliarsicherheiten in den Insolvenzverfahren nach altem Recht.....	17
I. Position dinglich gesicherter Gläubiger	17
1. Allgemeines.....	17
2. Immobiliarhypothek.....	19
3. Sicherungsübereignung.....	22
a) Insolvenz des Sicherungsgebers.....	22
b) Insolvenz des Sicherungsnehmers.....	23
4. Eigentumsvorbehalt.....	24
a) Insolvenz des Vorbehaltskäufers.....	24
b) Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers.....	26
II. Rückwirkung der Konkurseröffnung (<i>retroacción</i>).....	27
C. Frühere Reformversuche.....	31
I. Einleitung.....	31
II. Gesetzesentwurf des Instituts für politische Studien von 1959.....	32
III. Gesetzesentwurf des Justizministeriums vom 27. Juni 1983.....	32
1. Konkursverfahren.....	32
2. Vorzugsrechte nach dem ALC.....	33
3. Stellung dinglich gesicherter Gläubiger nach dem ALC.....	34
4. <i>Retroacción</i> nach dem ALC.....	34
IV. Gesetzesentwurf von <i>Prof. Ángel Rojo Fernández-Rio</i> vom 12. Dezember 1995.....	35
1. Einheit und Dualität der Verfahren.....	36
2. Rangfolge der Forderungen.....	37
V. Gesetzesentwurf des Justizministeriums vom 17. November 2000.....	38

VI. Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2001.....	39
--	----

Zweites Kapitel

Das neue spanische Insolvenzrecht – *Ley Concursal*

A. Insolvenzrechtsreform in Spanien.....	40
I. Allgemeines.....	40
II. Gesetzgebung.....	41
III. Reformziele.....	43
IV. Insolvenzverfahren in der Praxis.....	45
Tabelle: Anzahl der Konkursverfahren in Spanien Sept. 2004 – 2006.....	46
B. Neue Rechtslage nach dem Konkursgesetz (<i>Ley Concursal</i>)	47
I. Konkursorgane.....	47
1. Handelsrichter für Konkursachen.....	47
2. Konkursverwaltung.....	50
3. Gläubigerversammlung und Staatsanwaltschaft.....	52
II. Konkurseröffnung.....	52
1. Konkursgründe.....	53
2. Beantragung des Konkurses.....	54
a) Freiwilliger Konkurs.....	54
b) Notwendiger Konkurs.....	54
3. Konkurseröffnungsbeschluss und Bekanntmachung.....	56
4. Einstweilige Maßnahmen zum Schutz der Konkursmasse.....	56
III. Wirkungen der Konkurseröffnung.....	57
1. Folgen für den Konkurschuldner.....	57
a) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis.....	57
b) Mitwirkungs- und Informationspflichten.....	58
c) Veräußerungs- und Belastungsverbot.....	58
d) Fortführung des Geschäftsbetriebes.....	58
e) Buchführungspflichten.....	59
f) Folgen für eine juristische Person als Schuldner.....	59
2. Folgen für die Gläubiger.....	60
a) Neue Passiv- und Aktivverfahren.....	61
b) Bereits anhängige Verfahren.....	61
c) Vollstreckungsverfahren und weitere Bestimmungen.....	62
3. Auswirkungen auf bestehende Verträge.....	63
a) Gegenseitige Verträge.....	63
b) Arbeitsverträge.....	64
c) Sonstige Verträge.....	65
4. Anfechtung.....	65
IV. Bestimmung der Aktiv- und Passivmasse.....	67
1. Aktivmasse.....	67
2. Passivmasse.....	68
a) Forderungen gegen die Masse.....	68
b) Konkursforderungen und Rangfolge.....	68
V. Lösungswege aus der Insolvenz.....	70
1. Vergleich.....	70
a) Vorgezogener Vergleichsvorschlag.....	70
b) Regulärer Vergleichsvorschlag.....	71
c) Inhalt eines Vergleichsvorschlages.....	71
d) Abstimmung über den Vergleichsvorschlag und gerichtliche Bestätigung.....	73

e) Wirkung des Vergleichs.....	73
2. Liquidation.....	74
a) Wirkung.....	74
b) Befriedigung der Gläubiger.....	75
VI. Qualifizierung des Konkurses – Schuldhafter Konkurs.....	76
VII. Beendigung und Wiedereröffnung des Konkurses.....	77
1. Beendigung.....	77
2. Wiedereröffnung.....	77
VIII. Konkursverfahren und Rechtsmittel.....	78
1. Konkursverfahren.....	78
2. Abgekürztes Insolvenzverfahren.....	79
3. Zwischenverfahren.....	79
4. Rechtsmittel.....	80
IX. Internationale Privatrechtsregelungen zur Insolvenz.....	81
X. Ergänzungs-, Übergangs-, Aufhebungs- und Schlussbestimmungen.....	83
XI. Würdigung.....	84

Drittes Kapitel **Rangfolge der Forderungen im Konkurs**

A. Klassifizierung der Forderungen	87
I. Dichotomie der Vorzugsrechtssysteme.....	88
II. Klassifizierung der Forderungen nach dem Konkursgesetz.....	92
1. Zielsetzung des Gesetzgebers.....	92
2. Überblick über die Einstufung der Forderungen.....	93
3. Forderungen gegen die Masse.....	94
4. Privilegierte Forderungen.....	96
a) Neuordnung.....	96
b) Ungenauigkeit des Begriffes „Privileg“	97
(1) Allgemeines Konzept eines Vorzugsrechts.....	97
(2) Unterscheidung zwischen Privileg und dinglicher Sicherheit.....	98
c) Besonders privilegierte Forderungen.....	99
(1) Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC.....	100
(2) Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC.....	100
(3) Art. 90 Abs. 1 Nr. 3 LC.....	100
(4) Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC.....	101
(5) Art. 90 Abs. 1 Nr. 5 und 6 LC.....	102
(6) Art. 90 Abs. 2 LC.....	104
d) Allgemein privilegierte Forderungen.....	105
(1) Art. 91 Nr. 1 LC.....	105
(2) Art. 91 Nr. 2 und 4 LC.....	106
(3) Art. 91 Nr. 3 LC.....	106
(4) Art. 91 Nr. 5 LC.....	107
(5) Art. 91 Nr. 6 LC.....	107
e) Keine anderen Privilegien im Konkurs	108
5. Einfache Forderungen.....	110
6. Nachrangige Forderungen.....	110
a) Art. 92 Nr. 1 LC.....	111
b) Art. 92 Nr. 2 LC.....	111
c) Art. 92 Nr. 3 LC.....	112
d) Art. 92 Nr. 4 und 6 LC.....	113
e) Art. 92 Nr. 5 LC.....	114
7. Verfahren der Feststellung der Konkursforderungen.....	115

III. Folgen der Klassifizierung der Forderungen.....	118
1. Im Vergleichsverfahren.....	118
a) Privilegierte Forderungen.....	118
b) Einfache und nachrangige Forderungen.....	119
2. Im Liquidationsverfahren.....	120
a) Befriedigung der Forderungen gegen die Masse.....	120
b) Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen.....	121
c) Befriedigung der allgemein privilegierten Forderungen.....	123
d) Befriedigung der einfachen und nachrangigen Forderungen.....	124
B. Würdigung der Reform der Rangfolge der Forderungen	124
I. Reduzierung der Privilegien.....	124
1. <i>Par conditio creditorum</i>	124
2. Abschaffung von Vorzugsrechten und Einführung neuer Privilegien.....	125
3. Publizität.....	127
4. Drastische Reduzierung.....	128
II. Keine Differenzierung nach Mobiliar- und Immobilienvorrechten.....	129
III. Beibehaltung der Bevorzugung öffentlich-rechtlicher Forderungen	130

Viertes Kapitel

Dingliche Sicherheiten im Konkurs in Spanien

A. Dingliche Sicherheiten	133
I. Interessenkonflikt zwischen der Masse und den Gläubigern einer dinglichen Sicherheit.....	133
1. Allgemeines.....	133
2. Konzept dinglicher Sicherheiten.....	134
3. Einschränkungen im Konkurs.....	137
II. Begriff der „dinglichen Sicherheit“ im Konkursgesetz.....	138
1. Keine gesetzliche Definition.....	138
2. Weite Auslegung der „ <i>garantía real</i> “	139
3. Dingliche Sicherheiten <i>ex iure crediti</i>	141
4. Dingliche Sicherheiten <i>ex iure domini</i>	142
B. Vollstreckung.....	143
I. Grundsatz – Ruhen der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten.....	144
II. Recht auf abgesonderte Vollstreckung und seine Beschränkung.....	148
1. Keine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung.....	148
2. Auslegung von Art. 56 LC.....	148
a) Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2001 (<i>Anteproyecto de Ley Concursal</i>).....	148
(1) Erste Konstellation: Verfahrenseröffnung nach Konkursöffnung.....	149
(2) Zweite und dritte Konstellation: Verfahrenseröffnung vor Konkursöffnung.....	149
(3) Schlussfolgerung.....	149
b) Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2002 (<i>Proyecto de Ley Concursal</i>).....	151
c) Wortlaut des jetzigen Konkursgesetzes.....	152
3. Beschränkungen des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung.....	155
III. Zuständigkeit.....	156
IV. Sachlicher Geltungsbereich der Vollstreckungsaussetzung dinglicher Sicherheiten...	158
1. Vollstreckungshandlungen	158
a) Sachverwertungsrechte.....	158
b) Klagen zur Wiedererlangung der Sache	159

c) Atypische dingliche Sicherheiten.....	161
d) Verhältnis von Art. 56 zu Art. 61, 62 LC.....	161
2. Betroffene Sachen.....	162
a) Allgemeine Betrachtung.....	162
b) Betroffenheit als Tatsachenfrage.....	164
c) Auslegungskriterien.....	166
d) Prozessuale Vorgehensweise.....	168
3. Ausnahme: Vollstreckung in die belasteten Sachen innerhalb des Konkurses	171
a) Veräußerung unter Fortbestand der Belastung.....	171
b) Direktverkauf der Sachen.....	172
V. Voraussetzungen des Verbots der Einleitung von Vollstreckungsverfahren	173
1. Konkurseröffnung.....	173
2. Einforderbarkeit der gesicherten Schuld.....	175
3. Anwendbarkeit spanischen Rechts auf Konkurs und dingliche Sicherheit.....	175
4. Aufnahme der Sache in die Aktivmasse.....	178
5. Aufnahme der gesicherten Forderung in die Passivmasse.....	179
a) Voraussetzung der Haftungstrennung.....	179
b) Forderungen gegen die Masse.....	181
VI. Wirkung des Ruhens.....	183
1. Ruhen der Vollstreckung.....	183
2. Ausübung der verbleibenden Rechte einer dinglichen Sicherheit durch ihren Inhaber.....	184
3. Möglichkeit der Forderungserfüllung und ihre Auswirkung auf dingliche Sicherheiten	187
4. Zinslauf.....	189
VII. Beendigung des Ruhens.....	189
1. Wegfall der Betroffenheit.....	189
2. Ablauf der gesetzlichen Fristen.....	190
3. Verlust des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung.....	193
4. Keine Verteidigungsmöglichkeit des Gläubigers.....	195
5. Verwertung der Sachen.....	195
6. Prozessrechtliche Regelung zu Beginn und Wiederaufnahme der Vollstreckungen.....	196
a) Getrenntes Verfahren und Verbindung.....	196
b) Echte und unechte Verbindung.....	197
c) Normen der entsprechenden gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahren.....	198
d) Zulässigkeit der abgesonderten Vollstreckung.....	199
e) Keine automatische Wiederaufnahme der abgesonderten Vollstreckung.....	199
VIII. Aussetzung der begonnenen Vollstreckungshandlungen.....	199
1. Allgemeine Regel	199
2. Fortsetzung der Vollstreckung.....	203

Fünftes Kapitel

Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz

A. Immobiliehypothek in der Insolvenz.....	209
I. Immobiliehypothek (<i>hipoteca inmobiliaria</i>)	209
1. Allgemeines.....	209
2. Hypothekenbestellung.....	210
3. Inhalt der Hypothek.....	212
4. Hypothekenarten.....	215

a) Vertragliche Hypotheken	215
(1) Verkehrshypothek	216
(2) Höchstbetragshypothek	216
(3) Rentenhypothek	217
(4) Einseitige Hypothek.....	217
(5) Akzessorietät und Forderungsabtretung.....	217
b) Gesetzliche Hypotheken	218
5. Umfang der hypothekarischen Haftung.....	219
6. Vollstreckung.....	220
a) Rechtslage nach dem altem Zivilprozessrecht.....	220
b) Rechtslage nach der neuen LEC	221
(1) Vollstreckungsverfahren.....	222
(2) Urkundsprozess	222
(3) Außergerichtlicher Verkauf durch Notar.....	222
(4) Realisierungsabrede und Vollstreckung durch spezialisierte Personen oder Unternehmen.....	223
(5) Löschung nachrangiger Hypotheken.....	224
II. Konkursinteressen und Hypothekenmarkt.....	224
III. Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung.....	226
IV. Einstufung der hypothekarisch gesicherten Forderung.....	228
V. Hypothekenforderung und Masseforderungen.....	230
1. Hypothek im Verhältnis zu Masseschulden allgemein.....	230
2. Hypothek im Verhältnis zu bestimmten Lohnforderungen (<i>superprivilegio salarial</i>).....	232
a) Europarechtlicher Einfluss.....	232
b) Auswirkungen auf hypothekarisch gesicherte Gläubiger.....	233
c) Veranschaulichung der neuen Rechtslage.....	235
VI. Nachrangigkeit der Hypothekenforderung.....	236
1. Automatische Nachrangigkeit in Spanien.....	237
2. Nahe stehende Personen.....	237
a) Natürliche Personen.....	238
b) Juristische Personen.....	238
c) Erwerber von Forderungen besonders nahe stehender Personen.....	239
d) Keine nahe stehenden Personen.....	239
3. Keine zeitliche Beschränkung	240
4. Konsortialkredite.....	240
5. Löschung der Sicherheiten.....	241
VII. Vollstreckung aus Hypothekenspfandbriefen und Sicherheiten von Finanzinstituten	242
1. Hypothekenspfandbriefe.....	243
2. Sicherheiten von Finanzinstituten.....	243
VIII. Zinslauf der Hypothekenforderung.....	244
IX. Hypothekenforderung im Vergleich.....	245
X. Hypothekenforderung in der Liquidation.....	249
XI. Anfechtung der Hypothek im Konkurs.....	250
1. Abschaffung der <i>retroacción</i>	250
a) Neue Anfechtungsregeln.....	250
b) Nebenfolgen der Abschaffung der Rückwirkung.....	251
2. Anfechtungsklagen.....	252
a) Aktiv- und Passivlegitimation.....	253
b) Vermutungsregeln.....	253
c) Außerkonkursrechtliche Anfechtungsmöglichkeiten.....	255
d) Rechtsfolgen der Anfechtung.....	255
e) Reaktionen in der spanischen Literatur.....	257
3. Vermutungsregeln bei der Anfechtung einer Hypothek.....	258

a) Regelung im <i>Anteproyecto de Ley Concursal</i> von 2001.....	258
b) Abgrenzungsprobleme der Vermutungen <i>iuris et de iure</i> und <i>iuris tantum</i>	259
(1) Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. LC als unentgeltliche Verfügung	260
(2) Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt. LC als Umschuldung.....	261
4. Bestellung einer Hypothek nach der Konkurseröffnung.....	262
XII. Grundbuchrechtliche Aspekte im Konkurs.....	263
1. Verfahrensabschnitte im Konkurs als Gegenstand der Registerpublizität.....	264
2. Besondere Fälle mit grundbuchrechtlicher Relevanz.....	266
a) Vorbeugende Maßnahmen.....	266
b) Aufnahme in die Gläubigerliste.....	267
c) Löschung von Sicherheiten besonders nahe stehender Personen.....	267
d) Anfechtung.....	268
3. Grundbuchrechtliche Konsequenzen bei der Vollstreckung aus Hypotheken...	270
4. Benachrichtigung der Richter durch das Grundbuchamt.....	272
XIII. Keine Sonderregelung im Konkurs eines Verbrauchers.....	272
B. Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz.....	274
I. Eigentumsvorbehalt (<i>reserva de dominio sobre inmuebles</i>)	274
1. Einführung.....	274
2. Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes	275
3. Die Wirkung des Eigentumsvorbehaltes.....	277
a) Im Innenverhältnis.....	277
b) Im Außenverhältnis.....	277
II. Konkurs des Vorbehaltskäufers.....	277
1. Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC.....	277
2. Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt als gegenseitiger Vertrag.....	281
3. Wiederaufnahme von Abzahlungskaufverträgen.....	283
4. Besondere Privilegierung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC.....	284
5. Würdigung.....	286
III. Konkurs des Vorbehaltsverkäufers.....	289
IV. Exkurs: Verfügungsverbot (<i>prohibición de disponer</i>)	290
C. Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung in der Insolvenz.....	291
I. Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung (<i>venta de inmuebles con condición resolutoria</i>).....	291
II. Konkursrechtliche Neuqualifizierung der auflösenden Bedingung.....	293
1. Neuheiten des Konkursgesetzes.....	293
2. Vollstreckung von nicht eingetragenen auflösenden Bedingungen.....	294
III. Vertragliche Auflösung und Zwangsvollstreckung.....	295
1. Widersprüche bei der konkursrechtlichen Neuqualifizierung.....	295
2. <i>Ius distrahendi</i> und dingliche Wiedererlangung.....	296
3. Wirkung des Art. 56 LC auf die Auflösung nach Art. 62 LC.....	297
4. Entscheidungsmöglichkeiten des Verkäufers.....	298
5. Auflösende Bedingung und Aussonderungsrecht <i>ex iure domini</i>	299
6. Nicht betroffene Sachen.....	300
7. Prozessuale Verbindung der Auflösung.....	301
8. Würdigung.....	302
D. Immobilienleasing in der Insolvenz.....	304
I. Immobilienleasing (<i>leasing inmobiliario</i>)	304
II. Finanzierungsleasing als dingliche Sicherheit.....	306
1. Wiedererlangung der Sache als Vollstreckung einer dinglichen Sicherheit....	306
2. Geltendmachung der Forderung und Ausübung des Eigentumsrechts.....	307

3. Immobilienleasing betroffener und nicht betroffener Sachen.....	308
4. Finanzierungsleasing und Eigentum.....	308
5. Recht auf abgesonderte Vollstreckung im Konkurs?	309
6. Besonderheiten gegenüber Eigentumsvorbehalt und Ratenzahlungskauf.....	310
III. Auflösung des Finanzierungsleasingvertrages.....	311
1. Auflösung als Konkursmöglichkeit (Art. 61 Abs. 2 LC)	311
2. Auflösung wegen Nichterfüllung	312
3. Leasing, Vollstreckung und Vertragsstrafen.....	313
IV. Würdigung.....	313
E. Antichrese in der Insolvenz.....	316
I. Antichrese (<i>anticresis</i>)	316
II. Insolvenzrechtliche Behandlung.....	317
F. Sicherungsübereignung in der Insolvenz.....	320
I. Sicherungsübereignung (<i>negocio fiduciario</i>)	320
1. Allgemeines.....	320
2. Stand der Diskussion.....	324
a) Literatur.....	324
b) Rechtsprechung des Tribunal Supremo.....	327
c) Rechtsgrund der Sicherungsgeschäfte.....	329
d) Verbot der Verfallsklausel.....	330
e) Standpunkt der DGRN.....	331
3. Verwertung.....	332
II. Insolvenzrechtliche Behandlung.....	333
1. Wirkungen der Sicherungsübereignung im Konkurs.....	334
2. Keine Privilegierung.....	334
3. Aussonderung nach Art. 80 LC.....	337
4. Konsolidierung des Eigentums.....	338
5. Aussetzung der Vollstreckung.....	339
G. Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen in der Insolvenz.....	340
I. Immobiliarsicherheiten des Foralrechts	341
1. Immobiliarsicherheiten nach dem Recht von Navarra.....	341
a) Eigentumsvorbehalt	342
b) Sicherungsübereignung	342
c) Immobiliarpfandrecht	343
2. Immobiliarsicherheiten nach dem Recht von Katalonien.....	344
II. Insolvenzrechtliche Behandlung.....	344
1. Kompetenzrechtliche Fragen.....	344
2. Keine ausdrückliche Anerkennung.....	345

Sechstes Kapitel

Deutsche Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz

A. Deutsche Immobiliarsicherheiten.....	348
I. Dualismus von Hypothek und Grundschild.....	348
II. Realkredit und wirtschaftliche Bedeutung.....	349
III. Entstehung – Briefrecht und Buchrecht.....	351
1. Hypothek.....	351
2. Grundschild.....	352
IV. Übertragung und Bestand des Rechts.....	353
1. Hypothek.....	353

2. Grundschild.....	354
V. Umfang der hypothekarischen Haftung.....	355
B. Behandlung deutscher Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz	357
I. Verwertung der Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz – Regelinsolvenzverfahren	357
1. Verwertung durch den Gläubiger einer Immobiliarsicherheit.....	358
a) Zwangsversteigerung.....	359
(1) Verfahren.....	359
(2) Einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung.....	360
(a) Einstellungsvoraussetzungen.....	361
(b) Ablehnung des Antrages auf einstweilige Einstellung	363
(c) Einstellung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter.....	364
(d) Rechtsbehelfe gegen den Einstellungsbeschluss.....	365
(3) Nachteilsausgleich für die Gläubiger.....	365
(a) Zinsausgleich nach § 30 e ZVG.....	366
(i) Vereinbarung der Zinshöhe.....	366
(ii) Beginn der Zinszahlungspflicht.....	368
(b) Wertverlustausgleich nach § 30 e Abs. 2 ZVG.....	369
(c) „Schornsteinhypotheken“ und Festsetzung des Grundstückswerts.....	370
(d) Aufhebung der Einstellungsanordnung.....	372
b) Zwangsverwaltung.....	372
(1) Verfahren.....	373
(2) Einstweilige Einstellung der Zwangsverwaltung.....	374
(a) Einstellungsvoraussetzungen.....	374
(b) Einstellung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter.....	376
(3) Nachteilsausgleich für die Gläubiger.....	379
c) Keine freihändige Verwertung durch Gläubiger einer Immobiliarsicherheit.....	379
2. Verwertung durch den Insolvenzverwalter.....	380
a) Zwangsversteigerung.....	380
(1) Insolvenzverwalterversteigerung nach § 174 ZVG.....	381
(2) Stellung des Insolvenzverwalters nach § 174 a ZVG.....	381
(a) Verhältnis der §§ 172, 174 ZVG zu § 174 a ZVG... ..	382
(b) Gefährdung der gesicherten Gläubiger durch § 174 a ZVG.....	383
b) Zwangsverwaltung.....	384
c) Weitere Möglichkeiten des Insolvenzverwalters.....	386
(1) Beitritt zu einem Zwangsversteigerungsverfahren.....	386
(2) Freihändige Veräußerung des Grundstücks.....	387
(3) Veräußerung von Grundstückszubehör.....	388
(a) Vor der Beschlagnahme.....	389
(b) Nach der Beschlagnahme.....	390
(4) Freigabe des Grundstücks.....	390
II. Kostenbeteiligung.....	392
1. Gründe und Anspruchsgrundlage für eine Kostenbeteiligung.....	392
2. Argumente für und gegen einen Kostenbeitrag.....	394
3. Festsetzung des Verkehrswertes.....	395
III. Immobiliarsicherheiten im Insolvenzplanverfahren.....	396
1. Allgemeines.....	396
2. Planinitiativrecht und Gliederung des Insolvenzplans.....	498

3. Inhaltliche Anforderungen an den Insolvenzplan.....	398
a) Insolvenzplan ohne Eingriff in Immobiliarsicherheiten.....	399
b) Insolvenzplan mit Eingriff in Immobiliarsicherheiten.....	399
(1) Eingriffe mit Zustimmung der gesicherten Gläubiger.....	400
(2) Eingriffe gegen den Willen der gesicherten Gläubiger.....	400
(a) Keine Beschränkung der Rechte gesicherter Gläubigern durch § 233 InsO.....	401
(b) Bedeutung der Bildung von Abstimmungsgruppen..	402
(3) Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse	403
(4) Regelungen im Plan für Kredite nach Abschluss des Verfahrens.....	405
4. Annahme des Insolvenzplans durch die Gläubiger.....	406
a) Abstimmungsverfahren und erforderliche Mehrheiten.....	407
b) Obstruktionsverbot nach § 245 InsO.....	408
(1) Erfordernis der Gruppenmehrheit.....	409
(2) Verbot der Schlechterstellung.....	410
(a) Wertermittlung ohne Plan.....	412
(b) Wertermittlung mit Plan.....	413
(3) Angemessene Beteiligung.....	414
5. Gerichtliche Bestätigung.....	416
a) Keine Verletzung der Verfahrensvorschriften.....	416
b) Minderheitenschutz nach § 251 InsO.....	416
(1) Voraussetzungen.....	417
(2) Salvatorische Klauseln.....	418
(3) Immobiliarsicherheiten und § 251 InsO	419
(4) Rechtsschutz.....	420
6. Wirkungen des Plans und Beendigung des Insolvenzverfahrens.....	420
7. Wiederaufleben von Forderungen.....	421
8. Würdigung.....	423
IV. Anfechtung von Immobiliarsicherheiten.....	424
1. Anfechtungsvoraussetzungen.....	424
2. Anfechtungsgründe.....	425
a) Kongruente Deckung.....	426
b) Inkongruente Deckung.....	426
c) Bargeschäftsprivileg.....	427
V. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung des belasteten Grundstücks.....	428
1. Insolvenz und Vermietung bzw. Verpachtung von gesicherten Grundstücken allgemein.....	428
2. Eigenkapitalersatzrechts und Durchsetzbarkeit des Miet-/Pachtzinsanspruchs	429
a) Eigenkapitalersatzrecht.....	430
(1) Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz.....	430
(2) Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung	431
(3) Insolvenzordnung und Kapitalersatzregeln.....	433
b) Vorrang der Zwangsverwaltung	433
VI. Exkurs: Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Immobilienleasing in der Insolvenz.....	435
1. Eigentumsvorbehalt.....	436
2. Sicherungsübereignung.....	436
3. Immobilienleasing.....	437

Siebentes Kapitel
Rechtsvergleichende Zusammenfassung und Ausblick

A. Rangfolge.....	439
I. Reform der Rangfolge der Forderungen in Spanien.....	439
II. Dualität der Rangfolge in Spanien gegenüber einer einheitlichen Regelung in Deutschland.....	440
B. Nachrangigkeit.....	442
I. Automatische Nachrangigkeit und Löschung der Sicherheiten in Spanien gegenüber der bloßen Anfechtbarkeit in Deutschland.....	442
II. Schlussfolgerungen für das spanische Recht.....	444
III. Fazit.....	450
C. Anfechtungsregeln.....	452
I. Gläubigerbenachteiligung.....	452
II. Vermutungsregeln.....	453
III. Fazit.....	454
D. Abgesonderte Befriedigung aus den Immobiliarsicherheiten.....	455
I. Beschränkung der abgesonderten Befriedigung.....	455
1. Unterschiedliche Grundsätze.....	455
2. Zweck der Vollstreckungsaussetzung.....	457
3. Opfer ohne Ausgleich.....	458
4. Anreize und Gründe für die Aussetzung.....	459
a) Sicherheiten und Kosten.....	459
b) Verhandlungsdruck.....	460
c) Gründe für die Aussetzung	460
5. Schlussfolgerung.....	462
II. Zuständigkeit bei der abgesonderten Befriedigung.....	464
III. Befriedigung der Sicherungsinhaber durch den Verwertungserlös der Immobilie.....	465
E. Schlussbetrachtung und Ausblick.....	465
I. Zusammenfassung	465
II. Erste Praxisbilanz.....	468
III. Ausblick.....	469

Abkürzungsverzeichnis

A.A. (a.A.)	Andere Auffassung
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
AC	<i>Actualidad Civil</i> (Zeitschrift)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i> (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AJA	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i> (Zeitschrift)
AL	<i>Actualidad Laboral</i> (Zeitschrift)
ALC	<i>Anteproyecto de Ley Concursal</i> (hrsg. vom Ministerio de Justicia, Madrid 1983) – Vorentwurf zum Konkursgesetz
Aufl.	Auflage
ARJ	<i>Aranzadi, Repertorio cronológico de Jurisprudencia</i>
Art.	Artikel
Bank	Die Bank (Zeitschrift)
BCERG	<i>Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña</i>
BCRE	<i>Boletín del Colegio de Registradores de España</i>
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Offizielle Sammlung)
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i> – Staatliches Gesetzblatt
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i> – Parlamentsdrucksachen
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise
CC	<i>Código Civil de 24 de julio de 1889</i> – Zivilgesetzbuch
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil</i> (Zeitschrift)
CCom	<i>Código de Comercio de 22 de agosto de 1885</i> – Handelsgesetzbuch
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i> (Zeitschrift)
CE	<i>Constitución Española de 27 de diciembre de 1978</i> – Spanische Verfassung
D.A.	<i>Disposición Adicional</i> – Zusatzbestimmung
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
D.D.	<i>Disposición Derogatoria</i> – Aufhebungsbestimmung
ders.	derselbe
D.F.	<i>Disposición Final</i> – Schlussbestimmung
DGRN	<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i> – Abteilung für Grundbuch- und Notarwesen (Justizministerium)
DJ	<i>Documentación Jurídica</i> – Rechtsdokumentation
DNotZ	Deutsche Notarszeitschrift (Zeitschrift)
D.T.	<i>Disposición Transitoria</i> – Übergangsbestimmung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
ET	<i>Estatuto de los Trabajadores</i> – Arbeitnehmerstatut
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

GBÖ	Grundbuchordnung
ggf.	gegebenenfalls
Hbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F	in der Fassung
i.d.R	in der Regel
i.d.S	in diesem Sinne
INF	<i>Informaciones</i> , Fachzeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr / <i>Revista jurídica hispano-alemana</i> (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
InVo	Insolvenz und Vollstreckung (Zeitschrift)
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.v	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
IZ	Immobilien Zeitung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JL	<i>Justicia Laboral</i> (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KKZ	Kommunal-Kassen-Zeitschrift (Zeitschrift)
Kreditwesen	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Zeitschrift)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, Sanierung (Zeitschrift)
La Ley	<i>Revista Jurídica Española La Ley</i> (Zeitschrift)
LC	<i>Ley Concursal</i> , <i>Ley de 22/3003, de 9 de julio, Concursal</i> (BOE Nr. 164, vom 10. Juli 2003, 26905) – Konkursgesetz
LCC	<i>Ley Cambiaria y del Cheque, Ley de 19/1985 de 16 de julio de 1985</i> – Wechsel- und Scheckgesetz
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civi, Ley de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil</i> – Zivilprozessgesetz
LDIEC	<i>Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito</i> – Gesetz über Aufsicht und Lenkung der Kreditinstitute
LG	Landgericht
LH	<i>Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946</i> – Gesetz über Bürgschaft und Hypothek (sowie Grundbuchregister)
LHMPD	<i>Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954</i> – Gesetz über Mobiliarhypotheken und besitzlose Pfandrechte
LK	Immobilien & Finanzierung, Der Langfristige Kredit (Zeitschrift)
LMH	<i>Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981</i> – Gesetz zur Regelung des Hypothekenmarktes
LMV	<i>Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores</i> – Börsengesetz
LOE	<i>Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación</i> – Baugesetz
LOPJ	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i> – Gerichtsverfassungsgesetz
LPH	<i>Ley de Propiedad Horizontal, Ley 49/1960, de 21 de julio</i> – Wohnungseigentumsgesetz
LSA	<i>Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas</i> – Aktiengesetz
LSP	<i>Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922</i> – Gesetz über die (vorübergehende) Zahlungseinstellung
LSRL	<i>Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo</i>

LVPBM	– Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung <i>Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965; Gesetzesänderung: 28/1998, Ley de 13 de julio de 1998</i> – Gesetz über den Ratenverkauf von beweglichen Sachen (Abzahlungsgesetz)
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
Núm.	<i>Número</i> – Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i> (Zeitschrift)
RCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i> (Zeitschrift)
RD	<i>Real Decreto</i> – Königliche Verordnung
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursatil</i> (Zeitschrift)
RDGRN	<i>Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado</i> – Entscheidung der DGRN
RRDGRN	<i>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> – Entscheidungen der DGRN
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i> (Zeitschrift)
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i> (Zeitschrift)
RDP	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i> (Zeitschrift)
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i> (Zeitschrift)
Reglamento Mercantil	<i>Reglamento del Registro Mercantil</i> – Regelung des Handelsregisters
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense</i> (Zeitschrift)
RGD	<i>Revista General de Derecho</i> (Zeitschrift)
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i> (Zeitschrift)
RG Z	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Offizielle Sammlung)
RH	<i>Reglamento Hipotecario. Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario</i> – Hypothekenverordnung
RHM	<i>Reglamento de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 17 de junio de 1955</i> – Verordnung zum Gesetz über Mobiliarhypotheken und besitzlose Pfandrechte
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Betriebsberater International (Zeitschrift)
RJC	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i> (Zeitschrift)
RJN	<i>Revista Jurídica de Navarra</i> (Zeitschrift)
RLJ	<i>Revista de Legislación y Jurisprudencia</i> (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
S.	Seite
sog.	so genannt
span.	spanisch
SSAP	<i>Sentencias de la Audiencia Provincial</i> – Urteile der Landgerichte
SSTS	<i>Sentencias del Tribunal Supremo</i> – Urteile des Obersten Gerichtshof
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i> – Urteil des Obersten Gerichtshofs
Tbd.	Teilband
TS	<i>Tribunal Supremo</i> – Oberster Gerichtshof
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
Urt.	Urteil

v.	von
vgl.	vergleiche
VDM	Der Grundbesitz: Sein Makler und Verwalter (Zeitschrift)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Zeitschrift)
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZinsO	Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozess (Zeitschrift)

Literaturverzeichnis

Spanische Literatur

- Alcalá Zamora, Niceto*, Un español mal comprendido: Francisco Salgado de Somoza en la literatura alemana sobre el concursal de acreedores, Madrid 1932
- Albácar López, José Luis*, Comentarios al Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia,
- Band IV, Art. 1088 – 1444, Madrid 1992
- Band V, Art. 1445 – 1603, Madrid 1991
- Albaladejo García, Manuel*, El negocio jurídico, Barcelona 1958
- ders.*, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales,
- Band VII, Vol. 6, 7, 8, Madrid 2000
- Band XI, Madrid 1982
- Band XV, Madrid 1989
- Band XXIII, Madrid 1980
- ders.*, Derecho Civil,
- Band II, Vol. 1, 10. Aufl., Barcelona 1997
- Band III, Vol. 2, 9. Aufl., Barcelona 2002 (zit.: *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd., § S.)
- ders.*, El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente, in: AC 1993, Nr. 36, S. 663 ff.
- Alcover Garau, Guillermo*, Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerria*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S.325 ff. (zit.: *Alcover Garau*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerria*, Derecho Concursal, S.)
- ders.*, Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español, in: RDS 1996, Nr.6, S. 475 ff.
- ders.*, Hipoteca inmobiliaria y retroacción de la quiebra (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997), in: Tribunales de Justicia, 1998 – 4, S. 387 ff.
- ders.*, La retroacción de la quiebra, Madrid 1996
- Alfaro Aguila-Real, Jesús*, Leasing, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Band III, Madrid 1995, S. 3920 ff.
- ders.*, Los costes de transacción, in: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Band I, Madrid 1996, S. 131 ff. (zit.: Homenaje Menéndez)
- Alonso Ledesma, Carmen*, Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho concursal español, in: Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al Profesor Justino F. Duque, Band II, Valladolid 1998, S. 1584 ff. (zit.: Homenaje Duque)
- dies.*, Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerria*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 357 ff. (zit.: *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerria*, Derecho Concursal, S.)
- dies.*, La clasificación de los créditos, in: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español, REFor, documento Nr. 5, Oktober 2002, S. 120 ff.
- dies.*, La clasificación de los créditos en el concurso, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerria*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid 2002, S. 177 ff.
- dies.*, Los privilegios marítimos, Madrid 1995
- Álvarez Caperochipi, José Antonio*, El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (Especial estudio de la nueva Ley Concursal), Granada 2004 (zit.: El Registro de la Propiedad)
- ders.*, El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias, Granada 1995

- ders.*, La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles, in: RCDI 2002, Nr. 672, S. 1485 ff.
- Álvarez San José, María*, Poder de decisión de los acreedores en el concurso, Cizur Menor (Navarra) 2005
- Álvarez Vega, Isabel*, Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa, in: RDP 2004, S. 573 ff.
- Amorós Guardiola, Manuel*, El leasing inmobiliario y su inscripción registral, in: RCDI 1985, S. 863 ff.
- Aranda Rodríguez, Remedios*, La prenda de créditos, Madrid 1996
- Aranzadi*, Nuevo Diccionario de Legislación, Band XVII, Nr. 22212
- Arechederra Aranzadi, Luis Ignacio*, El Derecho Civil foral en la Constitución y en el Amejoramiento del Fuero, Madrid 1991
- ders.*, Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal, in: RDP 1980, S. 123 ff.
- Arias Varona, Francisco Javier*, El Derecho de separación en la quiebra, Elcano (Navarra) 2001
- Arranz de Andrés, Consuelo*, La Hipoteca Legal Privilegiada de la Ley General Tributaria. Aproximación Jurisprudencial, Cizur Menor (Navarra) 2004
- Arroyo I Amayuelas, Esther*, Comentario a la sentencia de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6419), in: CCJC 2004, Nr. 65, 1745, S. 661 ff.
- Artacho Martín Lagos, A.*, Doctrina: El ejercicio de las acciones de retroacción por la comisión liquidadora nombrado en el convenio de la quiebra, in: Diario La Ley, Año XXIV (2003), S. 7 ff.
- Badosa Coll, Ferran*, Examen de tres „esquemas fiduciarios“ en el Derecho español, in: Libro-Homenaje Díez-Picazo, Bd. I, Madrid 2003, S. 223 ff.
- Baird, Douglas G./Jackson, Thomas H.*, Corporate Reorganization and the Treatment of Diverse Ownership Interest: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors, 51 University of Chicago Law Review 1984, S. 97 ff.
- Baldo del Castaño, Vicente*, Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías, Madrid 1974
- Ballarín Hernández, R.*, La hipoteca (Génesis de su estructura y función), Madrid 1980, S. 283 ff.
- Beltrán Sánchez, Emilio M.*, Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001, Madrid 2002, S. 167 ff.
- ders.*, El derecho de separación en la quiebra, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Band I, Civitas, Madrid 1996
- ders.*, El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación concursal, Madrid 2003, S. 323 ff.
- ders.*, Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Band III, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de Navegación, Madrid 1996 (zit. Homenaje Menéndez), S. 3488 ff.
- ders.*, Ideas básicas de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por el profesor Ángel Rojo, in: *Espina, A. (Dir.)*, La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica, Madrid 1999, S. 309 ff.
- ders.*, Las deudas de la masa, in: Preferencias del crédito, Madrid 2000, S. 201 ff.
- ders.*, Las deudas de la masa, Bolonia 1986
- ders.*, Una nueva propuesta de Ley Concursal, in: AJA v. 14.5.1996, S. 1 ff.
- Benavides del Rey, José Luis*, Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, in: RCDI 1983, S. 1171 ff.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo*, Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Band I, Art. 1 – 115 de la Ley 22/2003, Madrid 2004, Band II, Art. 116 – Disposición Final 35 de la Ley 22/2003, Madrid 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Comentarios a la Ley Concursal, Bd., Madrid 2004, S.)

- ders.*, Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990 (ARJ 1990 Nr. 4092, S. 5368), in: CCJC 1990, S. 693 ff.
- ders.*, Comentario a la STS de 11 de julio de 1983, in: CCJC 1983, Nr. 3, S. 876.
- ders.*, El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero, in: *Nieto Carol, Ubaldo/Muñoz Cervera, Ubaldo* Tratado de garantías e la contratación mercantil, Band II, Madrid 1996
- ders.*, La cláusula de reserva de dominio, 1971
- ders.*, La venta a plazos de bienes muebles, in: ADC 1966 enero-marzo, S. 117 ff.
- Bermejo Gutiérrez, Nuria*, Créditos y quiebra, Madrid 2002
- dies.*, Normas de protección a terceros y retroacción de la quiebra, in: RCDI 1997, S. 1409 ff.
- Bernaldez Bernaldez, Manuel P.*, Dos aspectos del leasing inmobiliario: su forma y el embargo por un tercero de la opción de compra, in: RGD 1993, S. 6867 ff.
- Bisbal Méndez, Joaquín*, La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras, Bolonia 1986
- ders.*, La insoportable levedad del Derecho concursal, in: RDM 1994, S. 858 ff.
- Blasco Gascó, Francisco de P.*, Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores, Valencia 2004
- ders.*, Derechos reales y derecho inmobiliario registral, Valencia 1994
- ders.*, La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario, Valencia 2000
- ders.*, Prelación y pago a los Acreedores Concursales, Cizur Menor (Navarra) 2004
- Blumberg, P.I.*, The Law of Corporate Groups. Bankruptcy Law, Boston-Toronto 1985
- Bonet Correa, José/Reina Ojeda, I.*, Código Civil concordado y con jurisprudencia, Madrid 1993
- Botana Agra, M.*, Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra, Estudios jurídicos. Homenaje al Profesor Alfonso Otero, Universidad de Santiago de Compostela 1981, S. 47 ff.
- Bouza Vidal, Nuria*, Las garantías mobiliarias en el comercio internacional, Madrid 1991
- Broseta Pont, Manuel*, Manual de Derecho mercantil, 11. Aufl., Madrid 2002
- Bustos Pueche, José Enrique*, Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio, in: ADC 1990, S. 539 ff.
- Caballero Lozano, J. M.^a*, La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles, in: Diario La Ley, Año XXII (2001) Nr. 5247, v. 14. Februar 2001, S. 1 ff.
- Cabanillas Sánchez, Antonio*, Leasing inmobiliario, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Band III, Madrid 1995, S. 3921 f.
- Cabrillo Rodríguez, Francisco*, Análisis económico del derecho concursal español, Madrid 1989
- ders.*, Quiebra y liquidación de empresas, Madrid 1989
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis/Carrascosa González, Javier*, Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000, in: RCP 2004, Nr. 1, S. 157 ff.
- Cámara Lapuente, Sergio*, La fiducia en garantía de Navarra, in: RJN (2) 1992, S. 163 ff.
- ders.*, Operaciones fiduciarias o *trusts* en el Derecho español, in: RCDI 1999, S. 1756 ff.
- Campuzano Díaz, Beatriz*, Aspectos internacionales del derecho concursal, Murcia 2004
- Camy Sánchez-Cañete, Buenaventura*, Garantías patrimoniales estudio especial de la hipoteca, Pamplona 1993
- Candelario Macías, Isabel*, El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales, Granada 1999
- dies.*, Impresiones sobre los efectos de la declaración del concurso a la vista de la futura Ley Concursal, in: RDP 2003, S. 522 ff.
- Carballo Piñeiro, Laura*, Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional, Santiago de Compostela 2005
- Carrasco Perera, Ángel*, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, Madrid 2004 (zit.: Los derechos de garantía)
- ders.*, Venta en garantía. Negocio fiduciario. Pacto comisorio, in: CCJC 1987, S. 4932, 4937
- ders./Cordero Lobato, Encarna/Marín López, Manuel-Jesús*, Tratado de los derechos de garantía, Navarra 2002
- Casals Colldecarrera, Miguel*, Aspectos jurídicos del Anteproyecto de Ley Concursal, in: Consejo General de Colegios de Economistas de España, Crisis económica y Derecho concursal, S. 213 ff., Madrid 1984 (zit.: *Casals Colldecarrera*, Crisis económica y Derecho concursal, S.)
- ders.*, La incidencia del concurso en las relaciones jurídicas preexistentes, RGD 1988, S. 6091 ff.

- Casanova Sanguino, Fernando*, El requerimiento extrajudicial en la ejecución hipotecaria de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, in: BCRE 2003, Nr. 95, S. 1903 ff.
- Casas Vallés, Ramón*, La reserva de dominio en la venta de inmuebles, RJC 1986, S. 605 ff.
- Castán Tobeñas, José*, Derecho civil español, común y foral,
 - Band I.1, Introducción y parte general, Madrid 1984
 - Band I.2, Teoría de la relación jurídica, 14. Aufl., Madrid 1987
 - Band II.1, Derechos reales en general. El dominio, la posesión, 14. Aufl., Madrid 1992
 - Band II.2, Derechos reales distinguidos, 15. Aufl., Madrid 1995
 - Band III, Las obligaciones y el contrato, 16. Aufl., Madrid 1996
 - Band IV, Las particulares relaciones obligatorias, 15. Aufl., Madrid 1993
- Castillo Martínez, Carolina del Carmen*, La nueva Ley Concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso, in: AC 2003 – III, Nr. 33, v. 8. bis. 14.7.2003, S. 885 ff.
- Chico y Ortiz, José María*, Estudios sobre derecho hipotecario, Band II, 4. Aufl., Madrid 2000
- Chillon Loaste, Pablo*, Aspectos jurídicos del Anteproyecto de Ley Concursal, in: Consejo General de Colegios de Economistas de España, Crisis económica y Derecho concursal, S. 199 ff., Madrid 1984 (zit.: *Chillon Loaste*, Crisis económica y Derecho concursal, S.)
- Cerdá Albero, Fernando/Sancho Gargallo, Ignacio*, Curso de Derecho Concursal, Madrid 2000
- dies.*, Quiebras y suspensiones de pago: claves para la reforma concursal, Caja de Ahorros y Pensiones, Barcelona 2001 (zit.: *Quiebras y suspensiones de pago: claves para la reforma concursal*)
- Cordero Lobato, Encarna*, El privilegio del crédito refaccionario, Madrid 1995
- Cordón Moreno, Faustino*, Comentarios a la Ley Concursal, Cizur Menor (Navarra) 2004
- ders.*, El proceso concursal, Cizur Menor (Navarra) 2003
- ders.*, Proceso concursal, Madrid 2005
- ders./Armenta Deu, Teresa/Muerza Esparza, Julio J./Tapia Fernández, Isabel* (Hrsg.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Band I und II, Elcano (Navarra) 2001
- Correa Delcasso, Juan Pablo*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española: Breve reseña de las novedades más importantes, in: INF 2000, 3 ff.
- Cortadas Arbat, Roberto*, Administración concursal. Funciones, facultades y responsabilidades. Formularios de escritos e informes, Barcelona 2005
- Cortés Domínguez, Valentín/Otero Lastres, Jose Manuel/Rogel Vide, Carlos*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, Madrid 2004
- Córtés Domínguez, Valentín/Moreno Catena, Víctor*, Derecho Procesal Civil,
 - Parte General, Valencia 2004
 - Parte Especial, Valencia 2004
- dies.*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,
 - Band I, Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales, Madrid 2000
 - Band II, Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, Madrid 2000
 - Band III, La prueba. Los recursos, Madrid 2000
 - Band IV, La ejecución forzosa, Madrid 2000
 - Band V, Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades, Madrid 2000
- Cortés, L. J.*, La posición del acreedor hipotecario en la quiebra, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Band III, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de Navegación, Madrid 1996 (zit.: *Homenaje Menéndez*), S. 3513 ff.
- Curiel Lorente, Fernando*, Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal, in: RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699 ff.
- ders.*, Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad, Madrid 2004
- De Angel Yágüez, Ricardo*, Los créditos derivados del contrato de obra, Madrid 1969
- ders.*, Problemas que suscita la “venta en garantía” en relación con los procedimientos de ejecución del deudor, in: RCDI 1973, S. 47 ff.
- De Castro y Bravo, Federico*, El negocio jurídico, Madrid 1971, Nachdruck 1985
- De Castro Vitores, Germán*, Sentencia de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7949), Acción paulina, in: CCJC 2003, Nr. 62, S. 451 ff.
- De la Gándara, Luis /Sánchez Álvarez, Manuel María*, Comentarios a la Ley Concursal, Madrid, Barcelona 2004
- De los Mozos, José, Luis*, Negocio fiduciario, in: El negocio jurídico, Madrid 1987

- De la Oliva Santos, Andrés/Díez-Picazo Giménez, Ignacio/Vegas Torres, Jaime/Banacloche Palao, Julio*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2001
- Delgado Echeverría, Jesús*, Nulidad de los actos del quebrado en el periodo de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio, in: AC 1993, S. 2489 ff.
- Díaz Fraile, Juan María*, Ejecución Judicial sobre Bienes Hipotecados, Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2000
- Díaz Martínez, Manuel*, Presente y futuro de las acciones de reintegración, in: La Ley 2002 – V, D-225, S. 1816 ff.
- Díez Montero, Francisco Javier*, Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de Leasing, emitido a cargo de A.S.A., in: RCDI 1984, S. 153 ff.
- Díez-Picazo, Luis*, El concepto de causa en el negocio jurídico, in: ADC 1963, S. 563 ff.
- ders.*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,
 - Band I, 4. Aufl., Madrid 1995
 - Band II, 4. Aufl., Madrid 1995
 - Band III, 4. Aufl., Madrid 1995
- ders.*, Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, in: La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Madrid 1982, S. 293 ff.
- ders./Gullón, Antonio*, Sistema de Derecho civil,
 - Band II, El contrato en general, 9. Aufl., Madrid 2001
 - Band III, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral, 7. Aufl., Madrid 2001
- ders./Ponce de León, L.*, Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, Reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la Reforma del Derecho concursal español, Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid 1982, S. 293 ff.
 (zit.: Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores).
- Díez Soto, Carlos Manuel*, Concurrencia y prelación de créditos: teoría general, Madrid 2006
- ders.*, Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito, Preferencia de créditos, in: Consejo General del Poder Judicial, Preferencia de Créditos, Manuales de Formación Continuada 2, Madrid 2000, S. 23 ff. (zit.: *Díez Soto*, in: Preferencia de Créditos)
- Domínguez Calatayud, Vicente*, Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, in: RCDI 2004, Nr. 682, S. 817 ff.
- ders.*, Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal, in: BCRC 2004, Nr. 102, S. 1237 ff.
- Domínguez Luelmo, Andrés*, Los derechos reales de garantía en la futura Ley Concursal, in: BCERC 2002, Nr. 98, S. 269 ff.
- Doral, José*, Las garantías reales en la Compilación Navarra, Conferencias sobre Derecho foral, Zarauz 1978
- ders./Del Arco, Miguel A.*, El negocio jurídico, Madrid 1982
- Drobnig, Ulrich/Allan, David E.*, Secured Credit in Commercial Insolvencies. A Comparative Analysis, in: RabelsZ 44 (1980), S. 624 ff.
- Durán Rivacoba, Ramón*, La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia, in: Estudios sobre ejecución universal, Oviedo 1997, S. 4 ff.
- ders.*, La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio, Pamplona 1998
 (zit.: La propiedad en Garantía)
- Eiranova, E.*, El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario, in: Diario La Ley, Nr. 5521, vom 11. April 2002, S. 1 ff.
- Epstein, D./Nickles, S./White, J.*, Bankruptcy, St. Paul, Minnesota 1993
- Escribano Gámir, Rosario C.*, La reintegración de la masa activa del concurso, in: CDC 2003, S. 47 ff.
- Esgusquiza Balsameda, María Ángeles*, Sobre el pacto de reserva de dominio, in: RCDI 1991, S. 9 ff.
- Feliú Rey, Manuel Ignacio*, La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, Madrid 1995
- Fernández Aguado, Juan Ignacio*, Las acciones revocatorias, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE 2004, Nr. 61, S. 211 ff.
- Fernández-Ballesteros, Miguel*, Derecho Concursal Práctico, Madrid 2004
- ders./Rifá Soler, José María/Valls Gombau, José Francisco*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,
 Band I: Art. 1-280, Barcelona 2000
 Band II: Art. 281-555, Barcelona 2000

- Band III: Art. 556-827, Barcelona 2000
- Fernández Rodríguez, Antonio*, El convenio, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, Madrid, Barcelona 2004, S. 563 ff.
- Fernández Ruiz, José Luis*, La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal, in: RDM 2004, Nr. 251, S. 199 ff.
- ders.*, Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal, in: Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 427 ff.
- Ferrandis Vilella, J.*, Introducción al estudio de los derechos reales de garantía, in: ADC 1960, S. 37 ff.
- Ferré Falcón, Juan*, Créditos subordinados, Cizur Menor (Navarra) 2006
- Ferrer Vicente, José María*, Nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el derecho español, Valencia 2005
- Fínez Ratón, José Manuel*, Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos, Barcelona 1994
- ders.*, Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales, Civitas, Madrid 1992
- Fletcher, I.*, The Law of Insolvency, London 1990
- Florán Fazio, Francisco José*, Aproximación a la nueva Ley Concursal, en su relación con el registro de la propiedad, in: BCRE 2003, Nr. 95, S. 2679 ff.
- Fuenteseca, Cristina*, El negocio fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona 1997 (zit.: El negocio fiduciario)
- Galán, Alfonso*, Algunos aspectos de la ejecución forzosa en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, in: Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, La nueva Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, Donostia 2001, S. 207 ff.
- Gallego Sánchez, Esperanza*, Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios, Band I-II, Madrid 2005
- García-Cruces, José Antonio*, La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal, in: AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 11. September 2003, S. 1 ff.
- ders.*, Quiebra y retroacción, Madrid 1995
- García García, José Manuel*, Comentario de Código Civil, Band II, Madrid 1991
- ders.*, Comentario a la Sentencia del TS de 15 de noviembre de 1991, in: RCDI 1992, S. 1359 ff.
- ders.*, Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Band II, Madrid 1993
- García-Perrote Escartín, I.*, Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal, in: JL 2003, Nr. 15, S. 31 ff.
- García Solé, Fernando*, Comentarios a la Ley de ventas a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio), Civitas, Madrid 1999.
- ders.*, Problemática actual del leasing inmobiliario, in: AC 1994, S. 133 ff.
- García Villaverde, Rafael*, Instituciones concursales y paraconcursales: El ámbito de una reforma, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 189 ff. (zit.: *García Villaverde*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- ders.*, La quiebra, fuentes aplicables y presupuesto de su declaración, in: *Consejo General del Poder Judicial*, Derecho Concursal, Madrid 1992, S. 273 ff.
- ders.*, Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Madrid 1996, Band I, S. 313 ff.
- ders./Alonso Ureba, Alberto/Pulgar Ezquerro, Juana*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003
- ders./Alonso Ureba, Alberto/Pulgar Ezquerro, Juana*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid 2001
- Garrido, José María*, Garantías reales, privilegios y par condicio, Madrid 1999
- ders.*, El privilegio del acreedor instantáneo de la quiebra, in: RDM 1992, S. 799 ff.
- ders.*, El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Band III, Madrid 1996, S. 3588 ff. (zit.: Homenaje Menéndez)

- ders.*, La graduación de créditos, La reforma del Derecho concursal español, in: *Rojo Fernández-Rio, Ángel*, La Reforma de la Legislación Concursal (Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Marcial Pons, Madrid 2003, S. 225 ff.
(zit.: *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La Reforma de la Legislación Concursal)
- ders.*, La reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en torno a la “Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal” del Profesor Ángel Rojo, in: RDBB 1996, S. 889 ff.
- ders.*, Tratado de las preferencias del crédito, Madrid 2002
- Garrigues, Joaquín*, Curso de Derecho Mercantil, Band II, 7. Aufl., Madrid 1980
- ders.*, Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power, Co. Ltd., Madrid 1956
- Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín*, Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil. Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación el 12 de enero de 1955, Madrid 1955
- Gay de Montellá, José Angel*, Código de Comercio español comentado, Band I, Barcelona 1936
- Geste-Alonso y Calera, María del Carmen*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de marzo de 1990, in: CCJC, 22, Nr. 592, S. 333 ff.
- dies.*, Manual de Derecho Civil, Band II, 2. Aufl., Madrid 1998
- Gil Rodríguez, J.*, Preferencias entre créditos refaccionarios, ni inscritos ni anotados como tales créditos refaccionarios, Comentario STS de 30 de marzo de 1990, in: CCJC 1990, Nr. 23, S. 571 ff.
- Ginebra Molins, M^a Esperanza*, Comentario a la STS de 1 de febrero de 2002, in: CCJC 2002 (59), § 1696, 767.
- Girón Tena, José*, Introducción (Temario para una encuesta), in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 7 ff.
(zit.: *Girón Tena*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- ders.*, Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley concursal: sus funciones y relaciones, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 133 ff.
(zit.: *Girón Tena*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- Gómez-Acebo, Felipe*, La buena fe y mala fe en el CC, in: RDP 1952, S. 213ff.
- Gómez Galligo, Francisco Javier*, Concurso y Registro de la Propiedad, Jornadas sobre la Ley Concursal, celebradas en Bilbao, 15, 16 y 17 de diciembre de 2003, organizadas por Servicio de Estudios Registrales del País Vasco
(zit.: Concurso y Registro de la Propiedad, Jornadas sobre la Ley Concursal)
- ders.*, Las prohibiciones de disponer en el Derecho español, Madrid 1992
- ders.*, Titularidades fiduciarias, in: AC 1992, Nr. 33, S. 533 ff.
- Gómez Martín, Fernando*, El derecho de dominio de la Hacienda Pública sobre las cantidades retenidas y recuperadas reglamentarias consideradas depósito, (STS 1.^a, 5-7-2000), in: Impuestos, Nr. 12, Juni 2001, S. 16 ff.
- Gómez Salcedo, Agustín*, Ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas prácticos, in: *López López, Enrique/Alegret Burgués, María Eugenia*, La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia, Madrid 2004, S. 843 ff.
- Gondra Romero, José María*, Reflexiones en torno a la ‘funcionalidad’ del sistema concursal proyectado, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985 S. 145 ff.
(zit.: *Gondra Romero*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- González Bilbao, Emilio*, Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal. Créditos salariales, in: Diario La Ley, Nr. 5671, v. 6. Dezember 2002, S. 1 ff.
- ders.*, La primacía del acreedor hipotecario sobre el superprivilegio salarial en relación al bien afecto en la nueva Ley Concursal, in: RCDI 2004, Nr. 683, S. 1351 ff.
- González Castilla, Francisco*, Leasing financiero mobiliario contenido del contrato y atribución de riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia, Madrid 2002
- González Cano, María Isabel*, Nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal, Valencia 2006

- González-Meneses Robles, Manuel*, La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 y el registro de la propiedad, in: BCRE 2003, Nr. 94, S. 1871 ff.
- Goode, Roy M.*, Principles of Insolvency Corporate Law, London 1997
- Gordillo Cañas, Antonio*, Hipoteca, in: *Montoya Melgar, A.* (Hrsg.), Enciclopedia Jurídica Básica, Band II, Madrid 1995, S. 3313 ff.
- ders.*, Par conditio creditorum y protección del tráfico. (Un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal), in: AC 2003 – II, S. 413 ff.
- Guilarte Gutiérrez, Vivente*, Reflexiones sobre el depósito virtual del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación a la luz de la STS de 5 de julio de 2000 ante el inquietante silencio sobre tal norma en el ALC, in: AC Nr. 511, vom 6. Juni 2001, S. 1 ff.
- Guilarte Zapatero, Vicente*, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Band II, 2. Aufl., Madrid 1990
- ders.*, Pactos en la hipoteca inmobiliaria, Madrid 1996
- Gullón Ballesteros, Antonio*, El derecho real de subhipoteca, Barcelona 1957
- ders.*, La prelación de créditos en el Código Civil, Barcelona 1962
- Gutiérrez Gilsanz, Javier*, La fecha de retroacción, Valencia 2001
- Herbosa Martínez, Inmaculada*, Los efectos del Concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002, in: RCDI 2003, Nr. 675, S. 143 ff.
- dies.*, Los efectos del Concurso en la Ley Concursal (I), (II), in: Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5992, v. 7. April 2004, S. 1 ff., Nr. 5993, v. 8. April 2004, S. 1 ff.
- Hernández Gil, Antonio*, Comentario a la sentencia de 19 de junio 1945, in: RGLJ 1947, S. 834ff.
- ders.*, De nuevo sobre el Art. 464 del CC, in: RDP 1945, S. 413ff.
- ders.*, El giro de la doctrina española en torno del art. 464 del Código civil, y una posible interpretación de privación ilegal, in: RDP 1944, S. 491ff.
- ders.*, El retracto convencional y el compromiso de volver a vender, in: Obras completas, Vol. IV., Madrid 1989, S. 433 ff.
- Hernández Moreno, Alfonso*, La hipoteca inmobiliaria legislación, jurisprudencia registral – sistematizada – y bibliografía, Barcelona 2001
- Herrera Cuevas, Edorta*, Manual de la Reforma Concursal, Comentarios, textos legales y esquemas, Europea del Derecho, Madrid 2004 (zit.: Manual de la Reforma Concursal)
- Hölderlt Frau, Horst Antonio*, Convenio en la quiebra y en la ley concursal, Valencia 2005
- Ibán, Iván C.*, Introducción al Derecho Español, Baden-Baden 1995
- Iglesias Mayoralgo, Maria Carmen*, Hipoteca y retroacción de la quiebra, in: Hipotecas y seguridad jurídica, herausgegeben von: Colegio de Registradores Propiedad de España, Madrid 1991, S. 241 ff.
- Illescas Ortiz, Rafael*, La reforma de la mecánica de la mercancía del Derecho Concursal español: procedimientos, jurisdicción, in: Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico la reforma del Derecho Concursal, 1997
- Jiménez Escárzaga, J.D.*, La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio, in: RDM 1958, S. 39 ff.
- Jiménez Sánchez, Guillermo*, Derecho Mercantil,
- Band I, 8. Aufl., Barcelona 2003
- Band II, 8. Aufl., Barcelona 2003
- ders.*, Doctrina del Tribunal Constitucional en materias concursales, in: RCP 2004, Nr. 1, S. 27 ff.
- ders.*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Band I-V, Madrid 2005
- ders.*, Las aportaciones de don Joaquín Garrigues al Derecho concursal español, in: *Garrigues, Joaquín*, Jurista y Universitario ejemplar, Madrid 1996, S. 50 f., 145 ff.
- Jiménez Savurido, Cristina*, La nueva Regulación Concursal, Madrid 2004
- Jordano Barea, Juan B.*, Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente, in: ADC 1966, S. 625 ff.
- ders.*, Mandato para adquirir y titularidad fiduciario, in: ADC 1983, S. 1435 ff.
- Jordano Fraga, Francisco*, La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria, Granada 1999
- Jurado, Juan José*, Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, Barcelona 2001

- Lacruz Berdejo, José Luis*, Elementos de Derecho Civil, revisada y puesto al día por *Augustín Luna Serrano*,
- Band III.1, Derechos reales, Posesión y Propiedad, 2. Aufl., Madrid 2004
- Band III.2, Derecho inmobiliario registral, 2. Aufl. Madrid 2004
(zit.: *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. II 3, S.)
ders., Sobre los privilegios del salario y en particular el „superprivilegio“ del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, in: Estudios de Derecho privado, común, y foral, Band II, Zaragoza 1992, S. 247 ff.
Lacruz Berdejo, José Luis/Sancho Rebullida, Francisco de Asis, Derecho Inmobiliario Registral, Madrid 2001
Lalaguna Domínguez, E., El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado, in: *Nieto Carol, Ubaldo*, Tratado de garantías en la contratación mercantil, Band II.2, Madrid 1996, S. 19 ff.
ders., Los créditos hipotecarios, in: RDN 1974, S. 109 ff.
ders., Los modos de adquirir la propiedad y los contratos con finalidad traslativa, in: RDP 1973, S. 399 ff.
Lasarte Álvarez, Carlos, Principios de Derecho Civil
- Band I, Parte general y Derecho de la persona, 11. Aufl., Madrid 2005
- Band II, Derecho de obligaciones, 9. Aufl., Madrid 2004
- Band III, Contratos, 8. Aufl., Madrid 2004
- Band IV, Propiedad y derechos reales de goce, 4. Aufl., Barcelona 2002
Lefèbvre, Francis, Reforma Concursal, Madrid 2003
ders., Dossier Práctico Francis Lefèbvre, Madrid 2003, S. 2335 ff.
Linacero de la Fuente, María, Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Intercolex 2005
Llebot Majó, J.O., Las garantías reales en los procedimientos concursales, Madrid 2000
Lledó Yagüe, Francisco, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2000
Llopis Giner, Juan M., El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH), in: RCDI 1993, S. 831 ff.
Lobato García-Mijan, Manuel, La reserva de dominio en la quiebra, Madrid 1997
López Alarcón, Mariano, El derecho de preferencia, Murcia 1960
López Liz, José, Contra la hipoteca. Análisis crítico de los ataques a esta institución, Barcelona 1999
López López, Enrique/Alegret Burgués, María Eugenia, La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia, Madrid 2004
López Peláez, Patricia, Los Créditos Preferentes en el Derecho Español, Madrid 2001
Lorca Navarrete, Antonio María, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Band III, Valladolid 2000 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Lorca Navarrete*)
Mairata Laviña, Jaime, Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley concursal (y II), in: Diario La Ley, Año XXIV (2003), Nr. 5743, v. 20. 3. 2003, S. 1 ff.
ders., Los efectos del concurso, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid 2002, S. 103 ff.
ders., Los efectos del concurso en la Ley Concursal, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 275 ff. (zit.: Derecho Concursal)
ders., Panorámica del Anteproyecto de Ley Concursal de 2002. Convenio y acciones de reintegración, in: La Ley 2002. S. 1865 ff.
Majada, Arturo, Práctica concursal, 2. Aufl., Barcelona 1989
Manresa y Navarro, José María, Comentarios al Código Civil Español,
- Band VIII.1, Madrid 1967
- Band XII, Madrid 1975
Manzana Laguarda, Rafael, En torno al la retroacción de la quiebra, Doc. Jurídica Num. 29 – 32, S. 311 ff.
Marín López, Manuel-Jesús, Comentario, in: CCJC 2003 (63), § 1693
ders., Comentario a la STS 26.4.2001, in: CCJC 2001 (58), § 1568
ders., La transmisión de la propiedad en garantía, in: *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, Tratados de los Derechos de garantía, Pamplona 2002, S. 1069

- Martín Bernal, José Manuel*, Tratamiento jurídico-civil del contrato de leasing de bienes inmuebles, in: AC 1986, S. 459 ff.
- Martín Contreras, Luis*, La constitución de la Junta de acreedores en el procedimiento concursal, in: AC 2004, Nr. 12, S. 1253 ff.
- Martín Diz, Fernando*, La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, Granada 2000
- Martín Muños, Alberto J. de*, Aproximación al contenido del convenio en la Ley Concursal, in: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE 2004, Nr. 61, S. 179 ff.
- Martín Pastor, José*, Especialidades en la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, in: *Ortells Ramos, Manuel*, Derecho Procesal Civil, 2. Aufl., Elcano (Navarra) 2001, S. 861 ff.
- Martín Pérez, J.A.*, La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores), Barcelona 1995 (zit.: La rescisión del contrato)
- Martín Reyes, María A.*, La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Pamplona 1995
- dies.*, Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones, in: RJC 1975, S. 331 ff.
- Martín Santisteban, S.*, Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo (comentario a las Sentencias del 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993), in: RGD 1994, Nr. 6000, S. 9162 ff.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos*, Las ventas a plazos de bienes muebles, Madrid 1988
- Martínez de Santos, Alberto*, La cancelación de cargas posteriores en el convenio de realización, in: AC 2004, Nr. 5, S. 483 ff.
- Martínez Florez, Aurora*, Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra, Madrid 1999
- Martínez Gutiérrez, D. Ángel*, Luces y sombra del sistema de reintegración de la masa activa contenido en la Ley Concursal, in: AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. Januar 2004, S. 1 ff.
- Martínez Val, José María*, Derecho Mercantil, Barcelona 1979
- Massaquer Fuentes, José*, La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, Barcelona 1986
- Menéndez Menéndez, Aurelio*, Lecciones de Derecho Mercantil, 2. Aufl., Madrid 2004
- dies.*, Sobre la moderna escuela española de Derecho Mercantil, Madrid 1993
- Meneses Vadillo, Alfredo*, Notas sobre la cancelación de cargas en la ejecución de bienes inmuebles regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, in: BCRE 2004, Nr. 99, S. 51 ff.
- Mezquita García-Granero, Dolores*, Garantías del constructor: el crédito refaccionario, Madrid 2000
- dies.*, Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal, in: RCDI 2004, Nr. 681, S. 187 ff.
- Miralles Gómez, Ana*, La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria, in: RDM 1997, S. 589 ff.
- Miñarro Montoya, Ricardo*, Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, in: Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2002, S. 785 ff.
- Miquel González, José María*, Derechos reales, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Band II, Madrid 1995, S. 2366 ff.
- dies.*, El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad, in: RDP 1998, S. 45 ff.
- Monereo Pérez, José Luis*, Conservación de la empresa en la Ley Concursal, aspectos laborales, Valladolid 2006
- Montserrat Valero, Antonio*, Derecho Inmobiliario Registral, Madrid 2000
- Montero Aroca, Juan*, Las Ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Valencia 2001
- Montón Redondo, Alberto*, Nuevo proceso concursal, Valencia 2006
- Morillas Jarillo, María-José*, La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002, Derecho de Negocios, Nr. 143, 2003, S. 20 ff.
- Nart Fernández, I.*, Problemas de las relaciones entre el Derecho civil y las normas hipotecarias, in: AAMN, VIII, 1954, S. 485 ff.
- O'Callaghan Muñoz, Xavier*, Compendio de Derecho Civil, Band III, Derechos Reales e Hipotecario, Madrid 1988

- Olivencia Ruiz, Manuel*, Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 29 ff.
(zit.: *Olivencia Ruiz*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- ders.*, Reforma Concursal española y doctrina jurídica, in: RCP 2004, Nr. 1, S. 19 ff.
- ders.* (Hrsg.), La nueva Ley Concursal, Madrid 2005
- Oria Fernández de Muniáin, Román*, Reflexiones sobre la Quiebra y en especial sobre los créditos privilegiados, in: La Ley 1997 – III, D – 129 ff., S. 1704 ff.
- Ortells Ramos, Manuel*, Derecho Procesal Civil, 2. Aufl., Elcano (Navarra) 2001
- Palomar Olmeda, Alberto*, Comentarios a la Legislación concursal, Madrid 2004
- Pantaleón Prieto, Fernando*, De la clasificación de los créditos, in: *de la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, Madrid, Barcelona 2004, S. 501 ff
- ders.*, La cesión de créditos, in: ADC 1988, S. 1042 ff.
- ders.*, Negocio fiduciario, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Band III, Madrid 1995, S. 4407 ff.
- ders.*, Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal, in: La Ley 1997, S. 1460 ff.
- Para Martín, Antonio*, En torno a la fiducia “cum creditore”, in: Homenaje Díez-Picazo, Band I, Madrid 2003, S. 723 ff.
- Pardo Nuñez, C.*, Anotaciones judiciales de embargo y demanda, Madrid 1997
- Parra Lucán, María Ángeles*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1997, in: CCJC 46 (1998) § 1260.
- ders.*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1999, in: CCJC 50 (1999) § 1372.
- Pau Pedrón, Antonio*, Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales, in: RCDI 1994, S. 2197 ff.
- ders.*, La hipoteca unilateral, constitución, aceptación, cancelación, Madrid 1996 (zit.: La hipoteca unilateral)
- ders.*, Las limitaciones patrimoniales del concursado, Madrid 2004
- Paz-Ares, C.*, La infracapitalización. Una aproximación concursal, in: RDS 1994, Sonderausgabe “La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, S. 263 ff.
- Peiteado Mariscal, Pilar*, La declaración de concurso, Madrid 2005
- Peña Bernaldo de Quirós, Carlos Mauro*, La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El embargo. La vía de apremio. Ejecución de hipoteca y prenda (Textos legales, comentarios y formularios), Granada 2001
- ders.*, Derechos reales. Derecho hipotecario, Band II, Madrid 1982
- Pérez del Blanco, Gilberto*, La formación de la masa pasiva en la nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de los créditos, in: La nueva Ley Concursal, San Sebastián 2004
- Pérez de la Cruz Blanco, Antonio*, Cuestiones en torno al convenio de la quiebra, in: Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid 1978 (zit.: *Pérez de la Cruz Blanco*, Homenaje Rodrigo Uría, S.)
- Pérez de Ontiveros, Carmen*, Consideraciones en torno al pacto de fiducia cum creditore, in: RJN 1991-II, S. 43 ff.
- Pérez Gordo, Alfonso*, Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal, in: RJC 1981, S. 845 ff.
- Piñel Lopez, Enrique*, El Anteproyecto de Ley Concursal desde la perspectiva bancaria, in: Crisis económica y Derecho concursal, S. 155 ff., Madrid 1984 (zit.: *Piñel Lopez*, Crisis económica y Derecho concursal, S.)
- Pombo, Fernando*, Spain, in: *Dickson, Michael G./Rosener, Wolfgang/ Storm, Paul M.* (Hrsg.): Security on movable property and receivables in Europe, Oxford 1988
- Porfirio Carpio, Leopoldo José*, Acceso a la administración concursal, Examen del artículo 27 de la Ley Concursal, Valencia 2005
- Portillo Sanz, Julio*, Una visión económica del Anteproyecto de Ley Concursal, in: Crisis económica y Derecho concursal, S. 127 ff., Madrid 1984 (zit.: *Portillo Sanz*, Crisis económica y Derecho concursal, S.)
- Prendes Carril, Pedro* (Hrsg.), Guía práctica de la Ley Concursal, Cizur Menor (Navarra) 2006
- Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo*, Derecho concursal, Procedimientos sucesorios, Jurisdicción voluntaria, Medidas cautelares, 2. Aufl., Madrid 1986

- Prieto Escudero, Miguel*, El concepto de privilegio del crédito, in: RDP 2005, S. 69 ff.
- Puig Brutau, José*, Fundamentos de derecho civil,
 - Band II, Teil 2, 2. Aufl., Barcelona 1982
 - Band II, Teil 3, 2. Aufl., Barcelona 1974
 - Band III, Teil 3, 3. Aufl., Barcelona 1983
 (zit.: *Puig Brutau*, Fundamentos de derecho civil, Bd., Teil, S.)
- ders.*, Compendio de Derecho Civil,
 - Band I, 2. Aufl., Barcelona 1994
 - Band II, 2. Aufl., Barcelona 1994
 - Band III, 2. Aufl., Barcelona 1994
 - Band IV, 2. Aufl., Barcelona 1994
 (zit.: *Puig Brutau*, Compendio de Derecho Civil, Bd., S.)
- Puig Ferriol, Luis/Roca Trias, Encarna*, Instituciones del dret civil de Catalunya, Band I, 4. Aufl., Valencia 1993
- Pulgar Ezquerro, Juana*, El acreedor hipotecario en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, in: AC 2002 – II, S. 669 ff.
- dies.*, El acreedor hipotecario en la nueva Legislación Concursal, in: RDM 2003, S. 1425 ff.
- dies.*, La aprobación de la reforma concursal en el pleno del congreso: ¿Cambio de sentido de la reforma?, in: AJA, 2003, Nr. 578, S. 1 ff.
- dies.*, El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 120 ff.
- dies.*, El proyecto de Ley Concursal de 2002: una aproximación crítica, in: AJA, Nr. 550, v. 24.10.2002, S. 1 ff.
- dies.*, Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 439 ff.
 (zit.: Derecho Concursal)
- dies.*, La declaración del concurso de acreedores, Madrid 2005
- Puyol Montero, Francisco*, Suspensiones de Pagos y Quiebras - por una Reforma y Especialización judicial, in: El País 27.1.1993.
- Quijano González, Jesús*, La junta de acreedores en el nuevo Derecho concursal español, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, S. 235 ff. (zit.: Derecho Concursal)
- Ramírez, José A.*, Derecho concursal español. La quiebra, Band I - II, Barcelona 1959; auf den neuesten Stand gebracht von *Caminals, J. M./Clavé, F.*, 2. Aufl., Barcelona 1998
- Raposo Fernández, José Manuel*, Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancario, in: La Ley 1996-VI, S. 1526 ff.
- Recio García, María del Carmen*, Clasificación y prelación de créditos en la Ley Concursal, in: AC 2004, Nr. 12, S. 1386 ff.
- Reglero Campos, L.F.*, Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Band II.1, Madrid 1996, S. 417 ff.
- Rich Oliva, Manuel*, Esquemas procesales del Concurso, Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 julio, Barcelona 2004
- Rigaud, L.*, El derecho real, Madrid 1928,
- Ríos Salmeron, B.*, Privilegios del crédito salarial, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Band III, Madrid 1995, S. 5131 ff.
- ders.*, La Ley concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003, AL 2003, Nr. 21, S. 384 ff.
- ders.*, Los privilegios del crédito salarial, Madrid 1984
- Rivas Torralba, Rafael*, Preferencia de cobro y rango hipotecario, in: Consejo General del Poder Judicial, Preferencia de Créditos, Manuales de Formación Continuada 2, Madrid 2000, S. 491 ff.
 (zit.: *Rivas Torralba*, in: Consejo General del Poder Judicial, Preferencia de Créditos, S.)
- Rivera Fernández, Manuel*, La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio, Valencia 1994

- ders.*, La ejecución de la hipoteca inmobiliaria, Madrid 2004
- ders.*, Reintegración y concurso de acreedores, Madrid 2005
- Roca Sastre, Ramón María/Roca-Sastre Muncunill, Luis*, Derecho Hipotecario,
 - Band II, 8. Aufl., Barcelona 1995
 - Band III, 8. Aufl., Barcelona 1995
 - Band IV, 8. Aufl., Barcelona 1997
 - Band V, 8. Aufl., Barcelona 1997
 - Band VI, 8. Aufl., Barcelona 1997
 (zit.: *Roca Sastre*, Derecho hipotecario, Bd. IV, S.)
- Rodríguez, Amador*, Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus, Valladolid 1616
- Rodríguez García, Carlos Javier*, La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos, Madrid 1991
- Rodríguez Martínez, José-Domingo*, Problemas jurídicos del “leasing” inmobiliario, in: AAMN XXVII (1987), S. 85 ff.
- Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría, Bruno*, Fiducia y pacto de retro en garantía, Madrid 1998
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín*, La separación de bienes en la quiebra, Mexico 1951
- Rogel Vide, Carlos*, Concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil y en la Legislación Concursal, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, Madrid 2004, S. 33 ff.
- Rojo Ajuria, Luis*, Las garantías mobiliarias, in: ADC 1989, XLII, S. 717 ff.
- Rojo Fernández-Rio, Ángel*, Crisis de la empresa y procedimientos concursales, in: AAMN, Band XXIV, Madrid 1981, S. 251 ff.
- ders.*, Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, in: La futura Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (1), Edición Especial de “La Gaceta de los Negocios”, Madrid 1993, S. 61 ff.
- ders.*, El convenio anticipado, Madrid 2004
- ders.*, El Diabolo y la reforma del Derecho concursal, in: Expansión Nr. 4.911, v. 21. September 2002, S. 35
- ders.*, El Estado de crisis económica, in: La reforma del Derecho de quiebra, Madrid 1982, S. 122 ff.
- ders.*, Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra, in: RDM 1979, S. 37 ff.
- ders.*, La Ley Concursal constituye un cambio muy positivo en el Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos, in: Registradores de España 2003, S. 36 ff.
- ders.*, Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal de 1983, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 89 ff. (zit.: in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- ders.*, La reforma del Derecho Concursal español, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal (Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Marcial Pons, Madrid 2003, S. 87 ff.
- ders.*, La reforma de la legislación concursal, in: Escritura Pública Nr. 17, Sept.-Okt. 2002, S. 24 f.
- ders.*, Notas para la reforma de la legislación concursal, in: RDM 1975, S. 509 ff.
- ders.*, Reintegración de la masa, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Band IV, Madrid 1995, S. 5746 ff.
- ders./Beltrán Sánchez, Emilio*, Comentario de la Ley Concursal,
 - Band I, Madrid 2004
 - Band II, Madrid 2004
 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Art., S.)
- Romero Sanz de Madrid, Carlos*, Derecho Concursal, Madrid 2005
- Rovira Jaen, Francisco Javier*, El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles, Madrid 1996
- Rubio Torrano, Enrique*, El pacto de retroventa, Madrid 1990
- ders.*, La venta a carta de gracia en el Derecho navarro, in: RJN 1986 – II , S. 13 ff.
- Saavedra Montero, Eva*, El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca, Madrid 1999
- Sagrera Tizón, José María*, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos,
 - Band II, 2. Aufl., Barcelona 1989

- Band III, 2. Aufl., Barcelona 1989
- Band IV, 2. Aufl., Barcelona 1989
- ders.*, Estudios de Derecho Concursal, Barcelona 1989
- ders./Sala Reixachs, A./Ferrer Barriendos, A.*, Comentarios a la Ley Concursal, Con Concordancias, Jurisprudencia y Formularios,
 - Band I, Art. 1 – 70, Barcelona 2004,
 - Band II, Art. 71 – 162, Barcelona 2004,
 - Band III, Art. 163 – Disp. final, Barcelona 2004
 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Sagrera Tizón/Sala Reixachs/Ferrer Barriendos*, Comentarios a la Ley Concursal, Art., S.)
- Saint-Alary-Houin, C.*, Droit des entreprises en difficulté, 4. Aufl., Paris 2001
- Sala Alacaide, Alberto./Mercadal, F./Alonso-Cuevillas, J.* (Coordinadores), Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios, Bosch, Barcelona 2004 (zit.: Nueva Ley Concursal)
- Sala Alacaide, Alberto*, Del pago de los acreedores, in: *ders./Mercadal, F./Alonso-Cuevillas, J.*, Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios, Bosch, Barcelona 2004, S. 678 ff.
- Salgado de Somoza, Francisco*, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam, 1646
- ders.*, Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis et iudiciis ecclesiasticis, Lyon 1627
- Salinas Adelantado, Carlos*, El régimen jurídico de la prenda de valores negociables, Valencia 1996
- Sánchez de Miguel, Maruja Candela*, La insolvencia como causa del concurso, in: Consejo General de Colegios de Economistas de España, Crisis económica y Derecho concursal, S. 111 ff., Madrid 1984 (zit.: Crisis económica y Derecho concursal)
- Sánchez Lorenzo, Sixto*, Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing), Madrid 1993
- Sánchez Ruiz de Valdivia, Inmaculada*, La Hipoteca y los Bienes inmuebles por destino, Madrid 1996
- Sancho Gargallo, Ignacio*, La retroacción de la quiebra, Pamplona 1997
- Sancho Rebullidas, Francisco de Asís*, Los derechos reales atípicos en el Fuero Nuevo de Navarra, in: Conferencia de Derecho foral, Zarauz 1978, S: 83 ff.
- Santos Briz, Jaime*, Código Civil (Comentarios y jurisprudencia), Granada 1991
- Serra Rodríguez, Adela*, La hipoteca unilateral, 1. Aufl., Madrid 2004
- Silguero Estagna, Joaquín*, Consecuencias procesales de la insolvencia internacional, in: La nueva Ley Concursal, San Sebastián 2004
- Sotillo Navarro, J. Antonio*, Posición de los acreedores hipotecarios ante la quiebra, in: RGD 1956, S. 200 ff. und S. 355 ff.
- Suárez Blavia, Ana*, Concurso de acreedores. Comentarios, doctrina y jurisprudencia aplicable de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Barcelona 2004
- Tirado Martí, José Ignacio*, Administradores concursales, Cizur Menor (Navarra) 2005
- Torres de Cruelles, J.*, Nota crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal, RJC 1959, S. 747 ff.
- Torrente García de la Mata, Joaquín Pedro*, La condición resolutoria y el registro de la propiedad, in: La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años, Madrid 1997, S. 383 ff.
- Ull Salcedo, María Victoria*, Costes del nuevo procedimiento concursal, Madrid 2006
- Ureña Martínez, Magdalena*, Tercerías de dominio y tercerías de mejor derecho en el contrato de leasing, Elcano (Navarra) 2001
- dies.*, La cláusula penal en el contrato de leasing, Madrid 2003
- Uriá, Rodrigo*, Derecho mercantil, 28. Aufl., Madrid 2002
- ders.*, La quiebra de Barcelona Traction, Barcelona 1953
- ders.*, Lecciones de Derecho Mercantil, 2. Aufl., Madrid 2004
- ders./Menéndez Menéndez, Aurelio/Beltrán Sánchez, Emilio*, Curso de Derecho Mercantil, Band II, Madrid 2001
- Usón Duch, Luis*, La nueva Ley Concursal comentarios y formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, Barcelona 2003

- Vacas Medina, Luis*, La reforma del Derecho concursal español, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 47 ff.
(zit.: *Vacas Medina*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- ders.*, La nueva Ley Concursal española (El Anteproyecto), in: RJC 1959, S. 615 ff.
- Vallet de Goytisolo, Juan*, La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código civil, in: ADC 1955, Nr. 195, S. 430ff.
- ders.*, La Ley de 16 de diciembre de 1954, in: Estudios sobre garantías reales, 2. Aufl., Madrid 1981, S. 561ff.
- ders.*, Observaciones sobre la naturaleza real de la hipoteca, in: Estudios sobre garantías reales, 2. Aufl., Madrid 1981, S. 11
- ders.*, Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales, Barcelona 1962
- Valpuesta Fernández, M.^a R.*, Privilegio, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Band II, Madrid 1995, S. 5126
- Vázquez Iruzebieta, C.*, Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios, Dijusa, Madrid 2003
- Vázquez Sotelo, José Luis*, La situación caótica y ‘laberíntica’ de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal, in: Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal (www.leyconcursal.com), La nueva Ley Concursal, San Sebastián 2004, S. 9 ff.
(zit.: La nueva Ley Concursal)
- Verdera y Tuells, Evelio*, Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: La supervivencia de las empresas in crisis, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico Núm. 8, Madrid 1985, S. 179 ff. (zit.: in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S.)
- Verdú Díaz, Adolfo*, Leasing Inmobiliario, in: Manufactures Hanover Leasing/Instituto de Empresa (Hrsg.), Leasing en España. Posibilidades de una alternativa financiera, Madrid 1983, S. 97 ff.
- Vicent Chuliá, Francisco*, Compendio Crítico de Derecho Mercantil,
- Band I, Teil 1, Comerciantes, Sociedades, Derecho industrial, 3. Aufl., Barcelona 1991
- Band I, Teil 2, Comerciantes, Sociedades, Derecho industrial, 3. Aufl., Barcelona 1991
- Band II, Contratos, Títulos valores, Derecho concursal, 3. Aufl., Barcelona 1991
(zit.: *Vicent Chuliá*, Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Bd. Teil., S.)
- ders.*, Introducción al derecho mercantil, 17. Aufl., Barcelona 2004
- ders.*, El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma, in: RJC 1979, S. 669 ff.
- ders.*, En vísperas de la reforma del derecho concursal español, in: RJC 1978, S. 919 ff.
- Vidal Martínez, Jaime*, La venta en garantía en el derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcciones doctrinales, Madrid 1990
- Vila Florensa, M.*, Hipoteca y retroacción, in: *Ferrer, Barriendos, A.*, Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal, Band II, Madrid 1996, S. 387 ff.
- Virgós Soriano, Miguel /Garcimartín Alférez, Francisco J.*, Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia, Madrid 2003
- Yañez Velasco, Ricardo*, La ejecución hipotecaria como excepción a la fuerza de atracción concursal, in: RDP 2000, S. 93 ff.
- Ysas Solanes, María*, El contrato de préstamo con garantía hipotecaria, Madrid 1991
- Zayas Sanza, Federico-Javier*, El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, in: RJC 1983, S. 217 ff.

Deutsche Literatur

- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte. Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Königsstein/Taunus, 1980
- Adomeit, Klaus/Frühbeck, Guillermo*, Einführung in das spanische Recht, Das Verfassungs-, Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht des Königreichs Spanien, 2. Aufl., München 2001
- Altmeppen, Holger*, Verschlimmbesserungen im Kapitalersatzrecht, in: ZIP 1996, S. 1455
- Arnold, Hans*, Insolvenzrechtsreformen in Westeuropa, in: ZIP 1985, S. 321 ff.
- Arocas Rosell, Eva*, Immobilienrecht – der katalanische Sonderweg, in: Immobilienbrief Spanien mmm&m Abogados Nr. 33 Mai/Juni 2006, auch abrufbar unter: http://mmmm.es/news/inmo_ger.htm.
- Bamberger, Hans-Joachim/Roth, Herbert*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3 Bände, München 2003
- Bauer, Hans-Joachim/Oefele, Helmut Freiherr von*, Grundbuchordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Bauer/von Oefele*, GBO)
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Aufl., München 2000 (zit: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*, GmbHG)
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf*, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., München 1999
- dies.*, Zwangsvollstreckungs-, und Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl., Heidelberg 1990
- Beckers, Michael*, Die Immobiliarsicherheit nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, in: WM 1990, S. 1177 ff.
- Bellinger, Dieter*, Dynamisches Europageschäft deutscher Hypothekenbanken, in: Die Bank 1999, S. 368 ff.
- ders./Kerl, Volker*, Hypothekengesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1995
- Benckendorff, Hans-Peter*, Freigabe von Kreditsicherheiten in der Insolvenz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Köln 2000, S. 1099 ff.
- Benning, Olaf/Wehling, Axel*, Das „Model Law on Cross-Border Insolvency“ der Vereinten Nationen, in: EuZW 1997, S. 618 ff.
- Bodin, Manfred*, Die wachsende Bedeutung der Auslandsstützpunkte für die Landesbanken, in: ZfgK 1998, S. 24 ff.
- Boos, Franz Josef*, Die Immobiliehypothek im spanischen Recht unter Berücksichtigung des notariellen Beurkundungs-, des Grundbuch- und des summarischen Zwangsversteigerungsverfahrens, Köln 1970 (zit.: Die Immobiliehypothek im spanischen Recht)
- Bork, Reinhard*, Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl., Tübingen 2005 (zit.: *Bork*, Insolvenzrecht)
- ders.*, Die Wirkungen des Insolvenzplans nach §§ 290 bis 305 RefE, in: *Leipold, Dieter* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991
- ders.*, Verfahrenshürden beim Insolvenzplan, in: *Henckel/Kreft* (Hrsg.), Insolvenzrecht 1998, Köln 1999, S. 111 ff.
- Brandes, Helmut*, Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung unter Gesichtspunkten des Kapitalersatzes und der Kapitalerhaltung, in: ZGR 1989, S. 244 ff.
- ders.*, Grundpfandrechte und Betriebsaufspaltung, in: *Priester/Timm* (Hrsg.), Abschied von der Betriebsaufspaltung?, Köln 1990, S. 43 ff.
- Braun, Eberhard*, Der Kreditrahmen gem. § 264 InsO als Finanzierungsinstrument des Sanierungsplans – Papiertiger oder weiterer „Kostenbeitrag“ für absonderungsberechtigte Gläubiger?, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Köln 2000, S. 1137 ff.
- ders.*, Insolvenzordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 2004 (zit.: *Braun/Bearbeiter*, InsO)

- ders.*, Kapitalersetzende Maßnahmen i.S.v. § 32 a Abs. 3 GmbHG durch Pachtverträge in der Betriebsaufspaltung?, in: ZIP 1983, S. 1175 ff.
- ders./Uhlenbruck, Wilhelm*, Unternehmensinsolvenz. Grundlagen, Gestaltungsmöglichkeiten, Sanierung mit der Insolvenzordnung, Düsseldorf 1997
- Breutigam, Axel/ Blersch, Jürgen/ Goetsch, Hans-W.*, Insolvenzrecht, Kommentierung der Insolvenzordnung mit Antragsmustern und Checklisten für die Rechtspraxis, Loseblatt (Stand: Juli 2003), Berlin (zit.: *Bearbeiter in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO*)
- Bruns, Alexander*, Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren – das Ende deutscher Immobiliarsicherheiten?, in: KTS 2004, S. 1 ff.
- Buchholz, Stephan*, Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: RabelsZ 50 (1986), S. 77 ff.
- Burger, Anton/ Schellberg, Bernhard*, Kreditsicherheiten im neuen Insolvenzrecht, in: AG 1995, S. 57 ff.
- Campos Nave, José*, Die Hypothek im spanischen und französischen Recht, in: RIW 1996, S. 550 ff.
- Claussen, Carsten-Peter*, Bank- und Börsenrecht, 3. Aufl., München 2003
- Clemente, Clemens/Lenk, Ludwig*, Planmäßige Übersicherung durch Grundschuldzinsen, in: ZfIR 2002, S. 337 ff.
- Coing, Helmut*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
- Dahl, Michael*, Die Kollision eigenkapitalersetzender Gebrauchsüberlassung mit Grundpfandrechten, in: NZI 2003, S. 191 ff.
- Dassler, Gerhard/Schiffhauer, Horst/ Gerhardt, Walter/ Muth, Johannes*, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1991 (zit.: *Bearbeiter in: Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, InsO*)
- Dauner-Lieb, Barbara*, Die Freistellung geringfügig beteiligter Gesellschafter von der Kapitalersatzhaftung, in: DStR 1998, S. 609 ff.
- Demharter, Johann*, Grundbuchordnung, Kommentar, 25. Aufl., München 2005 (zit.: *Demharter, GBO*)
- Depré, Peter*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 (II ZR 382/96), in: DZWIR 1999, S. 249 ff.
- Drygala, Tim*, Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, Köln 1991
- ders.*, Die Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung, in: BB 1992, S. 80 ff.
- Eckardt, Dietrich*, Die Ausübung von Mobiliarsicherheiten in der Unternehmenskrise, in: ZIP 1999, S. 1734 ff.
- ders.*, Kreditsicherung versus Insolvenzanfechtung, in: ZIP 1999, S. 1417 ff.
- Eickmann, Dieter*, Problematische Wechselbeziehung zwischen Immobiliervollstreckung und Insolvenz, in: ZfIR 1999, S. 81 ff.
- ders.*, Probleme des Zusammentreffens von Konkurs und Zwangsverwaltung, in: ZIP 1986, S. 1517 ff.
- ders./Flessner, Axel*, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Heidelberg 2006 (zit.: *HK/Bearbeiter*)
- Eidenmüller, Horst*, Prognoseentscheidungen im Insolvenzplanverfahren: Verfahrenslähmung durch Minderheitenschutz?, in: NJW 1999, S. 1837 ff.
- Eilmannsberg, Thomas*, Die Liberalisierung des Hypothekarkredits in der EWG, in: EuZW 1991, S. 691 ff.
- Ensasa Casuelleras, Alex/Fries, Michael*, Die neue spanische Zivilprozessordnung in der Praxis, in: INF 2002, S. 35 ff.
- Erman, Walter*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2 Bände, 11. Aufl., Münster 2004 (zit.: *Erman/Bearbeiter, BGB*)
- Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommission* (Hrsg.), Der Aufbau eines europäischen Kapitalmarktes, Brüssel 1966 („Segré-Bericht“)
- Förster, Karsten*, Insolvenzrecht für Insolvenzgläubiger?, in: ZInsO 2003, S. 917 ff.
- Frank, Tom*, Die Überwachung der Insolvenzplanerfüllung, Köln 2001
- Frank, Wolfgang/Glatzl, Stefan*, Das Pfandbriefgesetz – Die Vereinheitlichung und Neuordnung des Pfandbriefrechts, in: WM 2005, S. 1681 ff.
- Frege, Michael C./Keller, Ulrich/Riedel, Ernst*, Insolvenzrecht, 6. Aufl., München 2002
- Fries, Michael*, Spanien – Der Schätzwert in der Hypothekenbestellungsurkunde, in: Die Bank 2002, S. 569 ff.

- ders./Meyer, Stefan* Spanien – Neue attraktive Alternative zur Zwangsvollstreckung, in: *Die Bank* 2002, 210 ff.
- Frings, Hartmut*, Die Verwertung von Kreditsicherheiten unter dem Regime der Insolvenzordnung, in: *Sparkasse* 1996, S. 384 ff.
- Fröhlingsdorf, Josef/Lincke, Karl H.*, Das neue spanische Zivilprozessgesetz (LEC), in: *RIW* 2001, S. 357 ff.
- ders./Cremades, Bernardo*, Der Eigentumsvorbehalt in Spanien, in: *RIW* 1983, S. 812 ff.
- Frühbeck, Guillermo*, Die Insolvenz im spanischen Recht, in: *ZIP* 1983, S. 1002 ff.
- Gaberdiel, Heinz*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Aufl., Stuttgart 2004
- Gaiser, Anja Sofia*, Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform auf die Stellung der Kreditinstitute in der Insolvenz ihres Kreditnehmers, in: *DZWIR* 1999, S. 446 ff.
- Ganter, Hans*, Rechtsprechung des BGH zum Kreditsicherungsrecht, Teil II, *WM* 1998, S. 2081 ff.
- Gantzer, Peter*, Spanisches Immobilienrecht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1999
- Gathmann, Almut*, Spanisches Zwangsvollstreckungsrecht, Frankfurt am Main 1997
- Gehrlein, Markus*, Kollision zwischen eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung und Vollstreckungszugriff durch Gesellschafter-Gläubiger, in: *NZG* 1998, S. 845 ff.
- Gerhardt, Walter*, Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, 11. Aufl., Köln 2005
- ders.*, Immobiliarsachenrecht, 5. Aufl., München 2001
- ders.*, Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl., Köln 2002, S. 193 ff.
- Gerkan, Hartwin von/Hommelhoff, Peter* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl., Köln 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *von Gerkan/Hommelhoff*)
- Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über das Spar- und Girowesen e.V.* (Hrsg.), Der Realkredit in den Ländern der EG, Bonn 1994
- von Gerlach, Leopold*, Der Einfluss des deutschen und französischen Rechts auf den Eigentumserwerbsschutz beweglicher Sachen im spanischen Recht, München 1995
- von Gierke, Otto*, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, Sachenrecht, Leipzig 1905
- Gnam, Peter*, Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung – Nachteilige Auswirkungen für Grundpfandgläubiger?, in: *WM* 1996, S. 189 ff.
- Goette, Wulf*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 (II ZR 382/96), in: *DStR* 1999, S. 37 ff.
- Gogger, Martin*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, 2. Aufl., München 2004
- Gottwald, Peter* (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch*)
- Grub, Volker*, Die angemessene Zahlungsquote im Insolvenzplan, in: *Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis*, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 501 ff. (zit.: *FS Uhlenbruck*)
- Grube, Lars*, Sicherungsübereignung Spanien, in: *RIW* 1992, S. 887 ff.
- Grundlach, Ulf*, Die Veräußerung von Zubehör durch den Konkursverwalter, in: *DZWIR* 1998, S. 485 ff.
- Guyon, Y.*, Droit des affaires, II, 8. Aufl., Paris 2001
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., München 2001 (zit.: *Handbuch zur InsO*)
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten/Hintzen, Udo*, Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerungsgesetz (§§ 146 – 161) und ZwangsverwalterVO, Kommentar, 3. Aufl., München 2004 (zit.: *Zwangsverwaltung*)
- Habersack, Mathias*, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechte, in: *JZ* 1997, S. 857 ff.
- ders.*, Die Regeln über den Eigenkapitalersatz und die Gläubiger des Gesellschafters, in: *ZGR* 1999, S. 427 ff.
- Hachenburg, Max* (Begr.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG); Großkommentar, Erster Band (§§ 1-34), 8. Aufl., Berlin/New York 1992 (zitiert: *Hachenburg/Bearbeiter, GmbHG*)
- Haegeler, Karl/Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., München 2001
- Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2003
- ders.*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, in: *KTS* 1982, S. 507 ff.

- Hellmich, Stefanie*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung insbesondere in Katalonien und Navarra, Tübingen 2000 (zit.: *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte)
- Helwich, Günther*, Die Vereinbarkeit von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen mit dem künftigen Insolvenzrecht, in: DGVZ 1998, S. 50 ff.
- Hermanns, Michael/Buth, Andrea K.*, Der Insolvenzplan als Sanierungsplan, in: DStR 1997, S. 1178 ff.
- Hess, Harald*, Insolvenzrecht, Köln 2004
- ders.*, Kreditsicherheiten in der Insolvenz, in: Die neue Insolvenzordnung – erste Erfahrungen und Tragweite für die Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 1999, Berlin/New York 2000, S. 101 ff. (zit.: *Hess, Bankrechtstag 1999*)
- Hess/Weis, Michaela*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2002
- ders./dies.*, Der Insolvenzplan, in: WM 1998, S. 2349 ff.
- ders./dies./Wienberg, Rüdiger*, InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO, 2. Aufl., Heidelberg 2001 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO)
- Heublein, Gerrit*, Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung von Immobilien im Spannungsfeld zwischen Insolvenz- und Zwangsverwaltung, in: ZIP 1998, S. 1899 ff.
- Hierneis, Otto*, Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens, Berlin/Tübingen 1966
- Hintzen, Udo*, Höhe des Zinsausgleiches nach Einstellung der Zwangsversteigerung, in: ZInsO 2000, S. 205 ff.
- ders.*, Insolvenz- und Immobiliervollstreckung, in: RPfleger 1999, 256 ff.
- ders.*, Vollstreckung und Insolvenz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Köln 2000, S. 1107 ff.
- ders.*, Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz im Insolvenzeröffnungsverfahren, in: ZInsO 1998, S. 318 ff.
- Höhne, Hans-Hellmut*, Grundzüge des spanischen Hypothekenrechts, Mainz 1976
- Hueck, Götz*, Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung als Gesellschafterdarlehen?, in: ZGR 1989, S. 216 ff.
- Hundertmark, Stephanie*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, Berlin 1996
- Huntemann, Eva Maria/Graf Brockdorff, Christian*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, Berlin, New York 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Huntemann/Brockdorff*)
- Huth, Vera*, Kreditsicherungsrecht im Lichte der neuen Insolvenzordnung, Frankfurt am Main 2000 (zit.: Kreditsicherungsrecht)
- Hypothekenverband bei der EG* (Hrsg.), Der Hypothekarkredit in der Europäischen Gemeinschaft, Bonn 1990
- Ibán, Iván C.*, Einführung in das spanische Recht, Baden-Baden 1995
- Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram/Weber, Friedrich*, Konkursordnung, 9. Aufl., Berlin, New York 1997
- Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram*, Insolvenzordnung,
Band I, Berlin 2004
Band II, Berlin 2004
Band III, Berlin 2004
Band IV, Berlin 2005
Band V, Berlin 2005
- Jauernig, Othmar*, Zwangsvollstreckungsrecht und Insolvenzrecht, 21. Aufl., München 1999
- Jungmann, Carsten*, Das Zusammentreffen von Zwangsverwaltung und eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung, in: ZIP 1999, S. 601 ff.
- ders.*, Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Insolvenzeröffnungsverfahren, in: NZI 1999, S. 352 ff.
- ders.*, Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz, Deutschland – England – Schottland, Köln 2004 (zit.: Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz)
- Kallmeyer, Harald*, Die Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Gesellschafter Nutzungsüberlassung im Recht der GmbH, in: GmbHR 1994, S. 290 ff.
- ders.*, Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung im Insolvenzverfahren, in: GmbHR 1999, S. 59 ff.
- Kallmeyer, Christoph*, Der Insolvenzplan als Sanierungsmittel des Schuldners, in: ZInsO 1999, S. 255 ff. (Teil 1) u. S. 316 ff. (Teil 2)

- Keine-Cosack, M.*, Der Anspruch auf Bestellung zum Insolvenzverwalter: Vom closed shop zur Chancengleichheit?, in: *Bork, Reinhard/Kübler, Bruno M.*, Insolvenzrecht 2000, Köln 2001, S. 1 ff.
- Keller, Ulrich*, Grundstücksverwertung im Insolvenzverfahren, in: ZfIR 2002, S. 861 ff.
- ders.*, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, Bielefeld 1998
- Kieninger, Eva-Maria*, Der Eigentumsvorbehalts im Wirtschaftsverkehr mit Spanien nach der Novellierung des spanischen Abzahlungsgesetzes, in: RIW 1994, S. 287 ff.
- Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten*, Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO, 17. Aufl. München 1997
- Kisch, Wilhelm*, Die Befriedigung der Hypothek aus der Versicherungsforderung, in: WuRVers 1917, S. 1 ff.
- Kleene, Ursula*, Die Orientierung der Rechtsprechung an wirtschaftlichen Interessen, Pfaffenweiler 1985
- Klein, Rolf-Dieter*, Einstweilige Einstellung der gerichtlichen Zwangsverwaltung in Massegrundstücke auch auf Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters?, in: ZInsO 2002, S. 1065 ff.
- Klevemann, Dirk*, Gesetzliche Sicherungsrechte im internationalen Privat- und Konkursrecht, Pfaffenweiler 1990
- Knees, Klaus-Niels*, Die Bank als Grundrechtspfandgläubiger in der Unternehmensinsolvenz, in: ZIP 2001, 1568 ff.
- Koch, Harald/Magnus, Ulrich/Winkler von Mohrenfels, Peter*, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, 3. Aufl., München 2004
- Köndgen, Johannes*, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite, 3. Aufl., Köln 1994
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns*, Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dokumentation 18: Insolvenzordnung, Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung, Band I, 2. Aufl., Köln 2000
- dies.*, Insolvenzordnung, Kommentar, Loseblatt (Stand: April 2003) Köln (zit.: *Kübler/Prütting/Bearbeiter*, InsO)
- Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm*, Konkursordnung, 11. Aufl., München 1994
- Kußmaul, Rolf/Steffan, Bernhard*, Insolvenzplanverfahren: Der prepackaged Plan als Sanierungsalternative, in: DB 2000, S. 1849 ff.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997
- Lauer, Jörg*, Einschränkungen des grundpfandrechtlichen Haftungsverbandes bei kapitalersetzender Gebrauchüberlassung?, in: WM 1990, S. 1693 ff.
- Leible, Stefan*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, Berlin 1996
- ders./Staudinger, Ansgar*, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, in: KTS 2000, S. 533 ff.
- Lieder, Solveig*, Grundzüge des neuen spanischen Insolvenzrechts, in: *Smid, Stefan* (Hrsg.), Neue Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, Berlin 2006
- Lincke, Karl H.*, Das neue Konkursrecht für Spanien, in: NZI 2004, 69
- Löber, Burckhardt*, Gemeinsames und unterschiedliches im deutschen und spanischen Grundstücksrecht, in: VDM 1995, 633 ff.
- ders.*, Grundeigentum in Spanien, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2000
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Aufl., Köln 2000
- Lwowski, Hans-Jürgen*, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., Berlin 2000 (zit.: *Lwowski*, Kreditsicherung)
- ders./Tetzlaff, Christian*, Verwertung unbeweglicher Gegenstände im Insolvenzverfahren, in: WM 1999, 2336 ff.
- Marco Molina, Juana*, Eigentumsvorbehalt, Mobiliarhypothek und Sicherungsübereignung, in: *Löber, Burckhardt/Peuster, Witold*, (Hrsg.): Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Köln/Berlin/Bonn/München 1991
- Marotzke, Wolfgang*, Die dinglichen Sicherheiten im neuen Insolvenzrecht, in: ZZP 109 (1996), S. 429 ff.
- Martius, Alexander*, Verteilungsregeln in der grenzüberschreitenden Insolvenz, Frankfurt am Main 2004
- Mertens, Hans-Joachim*, Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherungsmittel des Verkäufers im ausländischen Recht, Berlin 1964
- Meyer, Stefan*, Besonderheiten der spanischen Hypothek, in: Die Bank 2000, S. 512 ff.

- ders.*, Gesamthypothek nun auch im spanischen Recht, in: LK 2001, S. 30 ff.
- ders.*, Hypothekengläubiger und das neue spanische Konkursrecht, in: ZfIR 2004, S. 971 f.
- ders.*, Was kostet eine Hypothekenbestellung in Spanien?, in: LK 2002, S. 13 ff.
- Michalski, Lutz*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, §§ 1-34, München 2002 (zit.: *Michalski/Bearbeiter*, GmbHG)
- ders.*, Vermietung als eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung, in: NZG 1998, S. 41 ff.
- ders./Barth, Wolfgang*, Kollision von kapitalersetzender Nutzungsüberlassung und Grundpfandrechten, in: NZG 1999, 272 ff.
- Mohrbutter, Harro* (Hrsg.), Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2006
- Mohrbutter, Jürgen/Drischler, Karl/Radtke, Manfred/Tiedemann, Heinz-Adolf*, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, Band I, 7. Aufl., Köln 1986
Band II, 7. Aufl., Köln 1990
- ders.*, Konkurs und Zwangsversteigerung, in: KTS 1958, S. 81 ff.
- ders.*, Konkurs und Zwangsversteigerung, in: KTS 1956, S. 107 ff.
- Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band I: Allgemeiner Teil, (§§ 1-240), 4. Aufl., München 2001
Band VI: Sachenrecht, (§§ 854-1296), 4. Aufl., München 2006 (zit.: *MünchKomm/Bearbeiter*, BGB, § Rn.)
- Münchener Kommentar*, Insolvenzordnung, Kommentar, Band I: §§ 1 – 102, München 2001
Band II: §§ 103 – 269, München 2002
Band III, München 2003 (zit.: *MünchKomm/Bearbeiter*, InsO, § Rn.)
- Muth, Johannes M.*, Die Zwangsversteigerung auf Antrag des Insolvenzverwalters, in: ZIP 1999, S. 945 ff.
- Naumann, Claudia*, Die Behandlung dinglicher Kreditsicherheiten und Eigentumsvorbehalte nach den Artikeln 5 und 7 EuInsVO sowie nach autonomem deutschen Insolvenz kollisionsrecht, Frankfurt 2004 (zit.: Behandlung dinglicher Kreditsicherheiten)
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker*, Insolvenzordnung, Kommentar, Loseblatt, 10. Aufl., München 2006 (zit.: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter*, InsO)
- Neumann, Horst*, Unternehmensinsolvenz, Insolvenzplan und Insolvenzrechnungslegung auf der Grundlage des neuen Insolvenzrechts, in: BuW 1999, S. 921 ff. (Teil 1) und 2000, S. 1 ff. (Teil 2)
- Niesert, Burkhard*, Das Recht der Aus- und Absonderung nach der neuen Insolvenzordnung, in: InVO 1998, S. 85 ff. u. S. 141 ff.
- Ningelgen, Susanne*, Formvorschriften im spanischen Recht, Münster 1992
- Obermüller, Manfred*, Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform auf Kreditgeschäfte und Kreditsicherheiten, in: WM 1994, S. 1829 ff. (Teil 1) u. S. 1869 ff. (Teil 2)
- ders.*, Eingriffe in die Kreditsicherheiten durch Insolvenzplan und Verbraucherinsolvenzverfahren, in: WM 1998, S. 483 ff.
- ders.*, Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft, 4. Aufl., Wiesbaden 1991
- ders.*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 6. Aufl., Köln 2002
- ders.*, Insolvenzrechtsreform und Kreditgeschäft, in: ZBB 1992, S. 202 ff.
- ders./Hess, Harald*, Insolvenzordnung, 3. Aufl., Heidelberg 1999
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 65. Aufl., München 2006 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*, BGB)
- Pape, Gerhard*, Aktuelle Probleme im Eröffnungsverfahren, in: ZInsO 1999, S. 398 ff.
- ders./Uhlenbruck, Wilhelm*, Insolvenzrecht, München 2002
- Paulus, Christoph*, Grundfragen des Kreditsicherungsrecht, in: JuS 1995, S. 185ff.
- Peuster, Witold*, Código Civil, Das spanische Zivilgesetzbuch, Spanisch-Deutsche Textausgabe, Frankfurt am Main 2002
- Planck, Gottlieb Karl Georg*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Band I: Einleitung und Allgemeiner Teil, §§ 1-204, 4. Aufl., Berlin 1913
Band III/2: Sachenrecht, §§ 1113-1296, 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1938

- (zit: *Planck/Bearbeiter, BGB*)
- Pohlmann, Petra*, Zusammentreffen von eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung mit Grundpfandrechten, in: *DStR* 1999, S. 595 ff.
- Priester, Hans-Joachim*, Gebrauchsüberlassung im Kapitalersatzrecht, in: *Priester/Timm* (Hrsg.), Abschied von der Betriebsaufspaltung?, Köln 1990, S. 1 ff.
- Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August*, Aspekte der Sicherung des Verkäufers und Drittfinanzierers beim Immobilienerwerb nach spanischem Recht, in: *RIW* 1991, S. 474 ff.
- ders.*, Der Grundstückserwerb im spanischen Recht, in: *RIW* 1991, S. 299 ff.
- Prütting, Hanns*, Die Abwahl des Insolvenzverwalters: Von der Gläubigerautonomie zur Groß-Gläubigerautonomie?, in: *Bork., Reinhard/Kübler, Bruno M., Insolvenzrecht 2000*, Köln 2001, S. 29 ff.
- Rattunde, Rolf*, Sanierung durch Insolvenz, in: *ZIP* 2003, S. 2103 ff.
- ders.*, Sanierung von Großunternehmen durch Insolvenzpläne – Der Fall Herlitz, in: *ZIP* 2003, S. 596 ff.
- Rauch, Wolfgang/Zimmermann, Steffen*, Grundschild und Hypothek, 2. Aufl., München 1998
- Reck, Reinhard*, Das Insolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzplans, in: *BuW* 1999, S. 143 ff.
- Reichmann, Armin*, Das Immobilien-Zwangsvollstreckungsverfahren aus einer Hypothek nach der spanischen Zivilprozessreform, in: *RIW* 2001, S. 685 ff.
- ders.*, Verfassungswidrigkeit des außergerichtlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens für Hypotheken in Spanien, in: *INF* 1998, S. 12 ff.
- Reischauer, Friedrich/Kleinhans, Joachim*, Kreditwesengesetz, Kommentar, Loseblatt (Stand: Juni 2003), Berlin (zit.: *KWG*)
- Riggert, Rainer*, Das Insolvenzplanverfahren – Strategische Probleme aus der Sicht der absonderungsberechtigten Banken –, in: *WM* 1998, S. 1521 ff.
- Ross, Friso*, in: *Stolleis, Michael*, Juristen. Ein biographisches Lexicon, 2. Aufl., München 2001
- Roth, Günter H./Altmeyen, Holger*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (*GmbHG*), Kommentar, 3. Aufl., München 1997
- Rümker, Dietrich*, Überlegungen zur gesellschaftlicheren Finanzierungsverantwortung, in: *ZGR* 1988, 494 ff.
- Sassenrath, Gerd*, Der Eingriff in Anteilseignerrechte durch den Insolvenzplan, in: *ZIP* 2003, S. 1517 ff.
- Schiessler, Wolfram*, Der Insolvenzplan, Bielfeld 1997
- von Schiller, Manfred*, Zahlungseinstellung und Konkurs, in: *Löber, Burckhardt/Peuster, Witold* (Hrsg.), Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 531 ff.
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans -Jürgen*, Bankrechts-Handbuch, Teil I, 2. Aufl., München 2001
Teil III, 2. Aufl., München 2001
(zit.: *Bearbeiter* in: Bankrechts-Handbuch)
- Schleiffer, Guido*, Erfahrungen mit Zwangsverwaltungen, in: *DLK* 1988, S. 422 ff.
- Schmidt, A.*, Die Auswahl des Insolvenzverwalters – Erfahrungen aus der Praxis eines Großstadtgerichts, in: *Bork, Reinhard/Kübler, Bruno M., Insolvenzrecht 2000*, Köln 2001, S. 15 ff.
- Schmidt, Bernd*, Das (neue) Spannungsfeld zwischen Insolvenzverwalter und Grundpfandgläubiger, in: *InVO* 1999, 73 ff.
- Schmidt, Karsten*, „Altlasten in der Insolvenz“ – unendliche Geschichte oder ausgeschriebenes Drama?, in: *ZIP* 2000, S. 1913 ff.
- ders.*, § 32 a GmbHG: ein Allheilmittel gegen unerwünschten Eigenkapitalersatz?, in: *ZIP* 1990, S. 69 ff.
- ders.*, Kapitalersetzende Darlehen: ein Rechtsproblem nur der GmbH und der GmbH & Co?, in: *AG* 1984, S. 12 ff.
- ders.*, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und Insolvenzrechtlicher Teil –, Gutachten zum 54. Deutschen Juristentag, München 1982 (zit.: Gutachten zu, 54. DJT)
- ders.*, Nutzungsüberlassung, Eigenkapitalersatz und materielle Unterkapitalisierung, in: *ZIP* 1993, S. 161 ff.

- ders.*, Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, in: ZIP 1980, S. 328 ff.
- ders.*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen – Befunde, Kritik, Perspektiven, Köln 1990
- ders.*, Zwerganteile im GmbH-Kapitalersatzrecht, in: ZIP 1996, S. 1586 ff.
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz,
Band I: §§ 1-44; Anhang Konzernrecht, 9. Aufl., Köln 2000
(zit.: *Scholz/Bearbeiter*, GmbHG)
- Schröder, Amrei*, Das neue Insolvenzrecht in Spanien, INF 2005, S. 18 ff.
- dies.*, Das neue spanische Konkursgesetz im Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Hypothek im Konkurs, in: RIW 2004, S. 610 ff.
- dies.*, Sicherungsrechte in Spanien (Teil 1 – Personalsicherheiten), in: INF 1999, S. 190 ff. und (Teil 2 – Realsicherheiten), in: INF 2000, S. 93 ff.
- dies./Kampe, Ines*, Bericht über den Jahreskongress in Erfurt 2004, in: INF 2004, 153 ff.
- Serick, Rolf*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 2. Aufl., Heidelberg 1993
- Smid, Stefan*, Die „cram down power“ des deutschen Insolvenzgerichts, in: InVo 2000, S. 1 ff.
- ders.*, Grundzüge des Insolvenzrechts, 4. Aufl., München 2002
- ders.*, Grundpfandrechte im neuen Insolvenzverfahren, in: NotBZ 1998, S. 81 ff.
- ders.*, Kontrolle der sachgerechten Abgrenzung von Gläubigergruppen im Insolvenzplanverfahren, in: InVo 1997, S. 169 ff.
- ders.*, Kreditsicherheiten in der Insolvenz des Sicherungsgebers, Stuttgart 2003
- ders.*, Salvatorische Klauseln als Instrument zur Abwehr von Widersprüchen gegen den Insolvenzplan, in: ZInsO 1998, S. 347 ff.
- ders.*, Zum „Obstruktionsverbot“ – § 254 InsO, in: InVo 1996, S. 314 ff.
- ders.*, Zwangsvollstreckung und Passivprozesse durch Sicherungsnehmer als Gläubiger und Kläger in der Insolvenz des Sicherungsnehmers, in: ZInsO 2001, S. 433 ff.
- ders./Rattunde, Rolf*, Der Insolvenzplan, 2. Aufl., Stuttgart 2005
- Soergel, Hans Theodor/Sieber, Wolfgang*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band VI Sachenrecht (§§ 854 – 1256 BGB), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit.: *Soergel/Bearbeiter*)
- Stadler, Astrid*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996
- Städler, Hans Jörg*, Grundpfandrechte in der Insolvenz, Tübingen 1998
- Staudinger, Julius*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., Berlin 1993
- Steiner, Anton/ Eickmann, Dieter*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar,
Band I: §§ 1-104; 9. Aufl., München, 1984
Band II: §§ 105-185; landesrechtliche Vorschriften, 9. Aufl., München 1986
- Stengel, Ulrich*, Zwangsverwaltung im Eröffnungsverfahren nach Gesamtvollstreckungsverordnung und Insolvenzordnung, in: ZfIR 2001, S. 347 ff.
- Stöber, Kurt*, Aufhebung der auf Antrag des Insolvenzverfahrens angeordneten Einstellung der Zwangsversteigerung, in: NZI 1999, S. 439 ff.
- ders.*, Erlöschen der Auflassungsvormerkung und Erbbauzins-Reallast bei der Insolvenzverwalterversteigerung, in: NJW 2000, S. 3600 ff.
- ders.*, Insolvenzverfahren und Vollstreckungs-Zwangsversteigerung, in: NZI 1998, S. 105 ff.
- ders.*, Vorkaufsrechte in der Zwangsversteigerung, in: NJW 1988, S. 3121 ff.
- ders./Zeller, Friedrich*, Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar, 18. Aufl., München 2006
- Stöcker, Otmar M.*, Die „Eurohypothek“, Berlin 1992
- Stürner, Rolf/Stadler, Astrid*, Pfandbriefe und Beleihung in Spanien, Ein Gutachten im Auftrag des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main 2002
- Tetzlaff, Christian*, Altlasten in der Insolvenz, in: ZIP 2001, S. 10 ff.
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Das neue Insolvenzrecht, Berlin 1994
- ders.*, Die neue Insolvenzordnung (II), Auswirkungen auf das Recht der GmbH und GmbH & Co. KG, in: GmbHR 1995, S. 195 ff.
- ders.*, Probleme des Eröffnungsverfahrens nach dem Insolvenzrechts-Reformgesetz 1994, in: KTS 1994, S. 169 ff.
- ders.*, Zur Kollision kapitalersetzender Gebrauchsüberlassungen (§ 32 a GmbHG) mit Grundpfandrechten und Zessionen der Kreditinstitute, in: Festschrift für *Theodor Heinsius* zum 65. Geburtstag, Berlin/New York 1991, S. 841 ff. (zit.: FS *Heinsius*)

- ders./Berscheid, Ernst-Dieter*, Insolvenzordnung, 12. Aufl., München 2003 (zit.: *Uhlenbruck/Bearbeiter*)
- Vallender, Heinz*, Einzelzwangsvollstreckung im neuen Insolvenzrecht, in: ZIP 1997, S. 1993 ff.
- ders.*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im Lichte des neuen Insolvenzrechts, in: RPFleger 1997, S. 353 ff.
- ders.*, Kurzkommentar zu LG Düsseldorf, Beschluss vom 23. April 1998 (25 T 255-260/98), in: EWiR 1998, S. 649 ff.
- Velencoso Martínez, Luz M.*, Eigentumserwerb von unbeweglichen Sachen und Insolvenz des Verkäufers, Ein Vergleich deutschen und spanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des neuen spanischen Konkursgesetzes, in: NZI 2004, 72 ff.
- Wachter, Thomas*, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt –, in: WM 1999, S. 49 ff.
- Wahlers, Henning W.*, Konkurrenz zwischen Zwangsverwalter und Insolvenzverwalter bei der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung von Grundstücken, in: GmbHR 1999, S. 157 ff.
- Warrikoff, Alexander*, Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan, in: KTS 1997, S. 527 ff.
- Weber, Ahrend*, Insolvenzrechtsreform: Vorschläge noch verbesserungsbedürftig, in: Die Bank 1996, S. 30 ff.
- Wehrens, Hans G.*, Überlegungen zu einer Eurohypothek, in: WM 1992, S. 557
- Weirich, Hans-Armin*, Grundstücksrecht, 3. Aufl., München 2006
- Weis, Ditmar/Ristelhuber, Johannes*, Die Verwertung von Grundbesitz im Insolvenzverfahren und die Kostenpauschalen für die Insolvenzmasse, in: ZInsO 2002, S. 859 ff.
- Weisemann, Ulrich/ Smid, Stefan* (Hrsg.), Handbuch Unternehmensinsolvenz, Köln 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch Unternehmensinsolvenz)
- Wellensiek, Jobst*, Übertragende Sanierung, in: ZIP 2002, S. 233 ff.
- Welsch, Frank M.*, Rechte des Zwangsverwalters bei eigenkapitalersetzender Überlassung des Grundbesitzes an eine insolvente Kapitalgesellschaft, in: DZWIR 2000, S. 139 ff.
- Wenzel, Frank*, Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung in der Zwangsverwaltung einer Immobilie, in: WiB 1997, S. 119 ff.
- ders.*, Die Rechtsstellung des Grundpfandgläubigers im Insolvenzverfahren, in: NZI 1999, S. 101 ff.
- Werth, Dieter*, Warenkreditsicherung im deutsch-spanischen Wirtschaftsverkehr, Berlin 1981
- Westermann, Harm Peter*, BGB – Sachenrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2005
- ders.*, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1999 (zit.: *Westermann/Bearbeiter*, Sachenrecht)
- ders.*, Zwangsversteigerung und Insolvenz des Grundstückseigentümers, in: KKZ 2000, S. 169 ff.
- Wieser, Raimund*, Zwangsversteigerung und Insolvenz des Grundstückseigentümers, in: KKZ 2000, S. 169 ff.
- Wimmer, Klaus/Ahrens, Martin*, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., München 2006 (zit.: *FK/Bearbeiter*, InsO)
- Wischounig, Alexander*, Die Rückwirkung des Konkurses im spanischen Konkursrecht, in: INF 2002, S. 144 ff.
- Wittig, Arne*, in: *Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl., Köln 2003, Rn. 1481 ff.
- Wohlhaupter, Manfred*, Der Kauf mit Eigentumsvorbehalt und das Abzahlungsgesetz nach spanischem Recht, Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung in der Rechtswissenschaft 24 (1931), S. 402ff.
- Wolff, Eberhard*, Grundpfandgläubiger und Konkursverwalter in der Zwangsversteigerung, in: ZIP 1980, S. 417 ff.
- Worm, W.*, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters und seine Aufgaben im Versteigerungsverfahren nach § 172 ZVG, in: KTS 1961, S. 119 ff.
- Zimmermann, Steffen*, Rechtsposition, Handlungsalternativen und Kostenbeiträge der absonderungsberechtigten Bank im Rahmen der InsO, in: NZI 1998, S. 57 ff.

Einleitung

“En tiempo de crisis, la crisis del derecho de la crisis es la más grave de la crisis.”

(„In Zeiten der Krise ist die Krise des Rechts der Krise die schwerste Krise.“)¹

Ángel Rojo Fernández-Rio

Bereits 1981 beschrieb *Ángel Rojo Fernández-Rio* mit diesen Worten das Dilemma, in dem sich Spanien vor der Reform des Konkursrechts befand, und das sich wie ein roter Faden durch die langjährigen Diskussionen und Reformbemühungen zog. Erst mit der Verabschiedung eines neuen spanischen Konkursgesetzes im Jahre 2003 schien diese Krise beendet. Am 1. September 2004 trat das neue Gesetz, die *Ley Concursal*, in Kraft.

I. Anlass und Anliegen der Arbeit

Das Recht der Immobiliarsicherheiten hängt eng mit dem Insolvenzrecht zusammen². Denn der tatsächliche Wert einer Immobiliarsicherheit zeigt sich für den Gläubiger häufig erst im Falle der Insolvenz. In Spanien hat dieses Thema durch die im Jahre 2004 erfolgte umfassende Insolvenzrechtsreform³ sogar noch an Bedeutung gewonnen. Zählt die Insolvenzrechtsreform doch zu den wichtigsten Reformen Spaniens der letzten fünfzig Jahre⁴.

Anliegen dieser Arbeit ist es, der Behandlung spanischer Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz nach dem neuen spanischen Konkursgesetz (*Ley Concursal*) nachzugehen, die Veränderungen gegenüber der alten Rechtslage aufzuzeigen und die gewonnenen Erkenntnisse ab-

¹ *Rojo Fernández-Rio*, *Crisis de la empresa y procedimientos concursales*, AAMN, Bd. XXIV (1981), S. 251, 279.

² Zu einer zusammenfassenden rechtsvergleichenden Analyse der allgemeinen Frage der Beziehung zwischen Sicherungsrechten und Insolvenzen siehe *Allan/Drobnig*, *RabelsZ* 44 (1980), S. 615 ff., die die entsprechenden rechtlichen Regelungen von sechs Industrieländern (Australien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Japan und USA) vergleichend untersucht haben.

³ *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905 ff., und *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901 ff.

⁴ *So Pulgar Ezquerro*, *RDM* 2003, S. 1425.

schließlich mit der Rechtslage in Deutschland zu vergleichen, um Stärken und Schwächen der Neuregelung verdeutlichen zu können.

II. Problemstellung

Sicherungsrechte sollen den Gläubiger vor Ausfallrisiken schützen, die besonders im Rahmen der Insolvenz des Schuldners auftreten können. Denn in einem Insolvenzverfahren darf der Schuldner selbst dann nicht an seine Gläubiger leisten, wenn er es wollte und sogar einmal könnte. Stattdessen wird das gesamte schuldnerische Vermögen von einem Insolvenzverwalter als neutraler Person bzw. einer Konkursverwaltung als neutralem Gremium zusammengefasst, um es anschließend durch Veräußerung an Dritte zu Geld zu machen. Bei der nachfolgenden Verteilung des Erlöses an die Gläubiger sind alle Gläubiger gleich zu behandeln (*par conditio creditorum*⁵), was bedeutet, dass alle Gläubiger anteilig und gleichmäßig zu befriedigen sind – also prozentual auch den gleichen Verlust zu erleiden haben. Es sei denn, sie sind durch eine Sicherheit geschützt. Denn von einem Verlust sind nur diejenigen Gläubiger betroffen, die kein Vorzugsrecht genießen. Hauptanliegen einer Sicherheit ist es also, einen bestimmten Gegenstand zur vorzugsweisen Befriedigung mit Hilfe einer dinglichen Zuordnung zu reservieren⁶, um dem gesicherten Gläubiger in wirtschaftlichen Krisensituationen des Schuldners Schutz zu gewähren.

Im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen Immobiliarsicherheiten. Schon immer galten Immobilien als herausragende Sicherheiten. In früheren Zeiten dienten sie vor allem dazu, das Risiko der Flucht des Schuldners abzusichern. Denn ein flüchtiger Schuldner konnte eine Immobilie beim besten Willen nicht mitnehmen. Heutzutage geht es natürlich vielmehr um ihre vergleichsweise beständige Werthaltigkeit. In jedem Falle ist ihre wirtschaftliche Bedeutung als Sicherheit ungebrochen.

Aus Sicht der Gläubigerinteressen birgt vor allem die Zeitspanne bis zum Erfüllungstermin das Insolvenzrisiko in sich, gegen das sich der Gläubiger schützen will. Darüber hinaus will er grundsätzlich so schnell und problemlos wie möglich bei Fälligkeit an das Geschuldete herankommen. Das Interesse des Schuldners ist demgegenüber darauf gerichtet, dass sein wirt-

⁵ Martius, Verteilungsregeln in der grenzüberschreitenden Insolvenz, S. 1; Klevemann, Gesetzliche Sicherungsrechte im internationalen Privat- und Konkursrecht, S. 109, Fn. 143; Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, S. 294. In der deutschen Literatur ist der Terminus *par conditio creditorum* auch als *par condicio creditorum*, *par est condicio omnium creditorum* oder *par condicio concursus creditorum* zu finden. Häsemeyer, KTS 1982, S. 507, 512, vgl. auch Digestenstelle L. 6 § 7 D. quae in fr. cred. (42,8) Ulp. für *cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*.

⁶ Paulus, JuS 1995, S. 185, 186.

schaftlicher Handlungsspielraum nicht allzu sehr geschmälert wird, und dass die gewährte Sicherheit an die von ihm geschuldete Forderung gekoppelt ist, um mit einer Leistung zugleich auch die Sicherheit zu beseitigen⁷.

Im spanischen Wirtschaftsleben kommt vor allem der Immobilienhypothek (*hipoteca inmobiliaria*) überragende Bedeutung zu. Unter den Immobiliarsicherheiten als dinglichen Verwertrungsrechten (*derechos reales de garantía*) nimmt sie eine Monopolstellung ein. Denn die anderen Immobiliarsicherheiten, die sich im Laufe der Zeit in Spanien herausgebildet haben⁸, konnten ihr den Rang nicht ablaufen. Zu ihnen gehören der Eigentumsvorbehalt (*reserva de dominio*), der in Spanien auch an Immobilien vereinbart werden kann, der Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung (*venta de inmuebles con condición resolutoria*), das Immobilienleasing (*leasing inmobiliario*), die Antichrese (*anticresis*), unter gewissem Vorbehalt auch die Sicherungsübereignung (*negocio fiduciario*) und schließlich die Immobiliarsicherheiten des Foralrechts.

Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sollen in dieser Arbeit jedoch nur die Immobiliarsicherheiten näher betrachtet werden. Es gilt zu ergründen, wie sich diese Sicherungsrechte nach dem neuen spanischen Konkursgesetz im Insolvenzfall bewähren.

III. Gang der Untersuchung

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet die insolvenzrechtliche Behandlung der Immobiliarsicherheiten nach dem neuen spanischen Konkursrecht. Die neue Rechtslage soll möglichst umfassend erörtert werden. Die sich anschließenden Ausführungen zum deutschen Insolvenzrecht sind nur als Ergänzung gedacht, um im Wege der Gegenüberstellung und des Rechtsvergleichs sowohl die Vorteile als auch die Probleme der neuen spanischen Regelungen aufzuzeigen und zu verdeutlichen.

⁷ Vgl. hierzu *Paulus*, JuS 1995, S. 186.

⁸ Seit Erlass des spanischen Zivilgesetzbuches (*Código Civil*), in dem noch klar zwischen den Rechtsfiguren der Hypothek, des Pfandrechts und der Antichrese unterschieden wurde (*Ibán*, Introducción al Derecho Español/Einführung in das spanische Recht, S. 206) hat sich daneben im Bereich der Mobiliarsicherheiten, die hier nicht Gegenstand der Untersuchung sind, ein komplexes und in mancher Hinsicht widersprüchliches System von besitzlosen Mobiliarsicherheiten entwickelt. Als gesetzliche Mobiliarsicherheiten sind die Mobiliarhypothek (*hipoteca mobiliaria*), das besitzlose Pfandrecht (*prenda sin desplazamiento*) und der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen hinzugekommen. In Spanien besteht seit 1954 die Möglichkeit Mobiliarhypotheken und besitzlose Pfandrechte zu bestellen, die in einem eigenen Gesetz hierzu geregelt sind. (*Ley, de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión – LHM*). Eingehend hierzu *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 135 ff., vgl. auch *Bouza Vidal*, Las garantías mobiliarias en el comercio internacional.

Zum besseren Verständnis wird zunächst die alte Rechtslage in Spanien mit ihren unterschiedlichen Konkursverfahren dargestellt (*Erstes Kapitel*). Hierbei wird besonderes Augenmerk auf die Behandlung der Immobiliarsicherheiten in den verschiedenen Verfahren gelegt. Im Anschluss werden die verschiedenen Reformversuche der vergangenen Jahrzehnte angesprochen und die historische Entwicklung der Konkursrechtsreform dargestellt. Hieran knüpft sich ein Überblick über das neue spanische Konkursgesetz mit seinen wichtigsten Neuerungen und Veränderungen an, um das Konzept der Konkursrechtsreform zu erläutern und die konkursrechtlichen Rahmenbedingungen darzulegen (*Zweites Kapitel*). Dem folgt ein Überblick über die Rangfolge der Forderungen (*Drittes Kapitel*), denn erst hierdurch wird deutlich, welche Position und welche Bedeutung die Immobiliarsicherheiten innerhalb des Gesamtgefüges der Forderungen im Konkurs einnehmen. Anschließend erfolgt eine Analyse der dinglichen Sicherheiten im Konkurs (*Viertes Kapitel*). Das Konkursgesetz hält für die dinglichen Sicherheiten, worunter auch die Immobiliarsicherheiten fallen, eine eigene Vollstreckungsregelung bereit, die an dieser Stelle näher betrachtet werden soll. Sodann wird die konkursrechtliche Handhabung der einzelnen spanischen Immobiliarsicherheiten nach der neuen Rechtslage detailliert ergründet (*Fünftes Kapitel*). Vorangestellt wird jeweils eine kurze zivilrechtliche Darstellung der verschiedenen Immobiliarsicherheiten. Der Schwerpunkt der Untersuchungen liegt bei der wirtschaftlich bedeutsamen Immobiliarkypothek. Die Behandlung der anderen Immobiliarsicherheiten im Konkurs wie Eigentumsvorbehalt, Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung, Immobilienleasing, Antichrese, Sicherungsübereignung und Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen werden jeweils in den sich von der Hypothek unterscheidenden Punkten erörtert. Anschließend wird der spanischen Regelung die insolvenzrechtliche Behandlung der Immobiliarsicherheiten nach der deutschen Insolvenzordnung in den wesentlichen Punkten gegenübergestellt (*Sechstes Kapitel*), um sodann die gewonnenen Erkenntnisse zusammenzufassen und im Wege des Rechtsvergleichs die Vorzüge und Schwachstellen der spanischen Regelungen aufzuspüren (*Siebentes Kapitel*). Nach einer abschließenden Betrachtung wird ein Ausblick die Arbeit beenden.

Erstes Kapitel

Alte Rechtslage und Reformentwicklung in Spanien

Um Umfang und Tragweite der Reform des spanischen Insolvenzrechts, insbesondere die Behandlung von Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz besser verstehen zu können, wird zunächst die alte Rechtslage in Spanien mit ihren Problemen und Besonderheiten dargestellt. Erst die Kenntnis der bislang gültigen Rechtslage erlaubt es, die durch die Insolvenzrechtsreform herbeigeführten Veränderungen aufzuzeigen und sichtbar zu machen. Bis sich Spanien zu der nunmehr umgesetzten Insolvenzrechtsreform durchgerungen hatte, war ein sehr langer Weg zurückzulegen, dessen Spuren sich bis weit in das letzte Jahrhundert zurückverfolgen lassen. Die zahlreichen Anstrengungen der Vergangenheit, eine Konkursrechtsreform herbeizuführen, sollen daher nicht unbeachtet bleiben und jeweils kurz gewürdigt werden.

A. Bislang gültige Rechtslage

I. Ausgangssituation

Die nunmehr überkommenen gesetzlichen Regelungen des spanischen Insolvenzrechts stellen ein wahrhaft anachronistisches Phänomen dar. Denn selbst noch im Jahr 2004 galten Normen aus dem vorletzten Jahrhundert, d.h. Vorschriften des ersten spanischen Handelsgesetzbuchs aus dem Jahr 1829, das unter Fernando VII. erlassen worden war¹. Die gesetzlichen Regelungen zu den einzelnen Insolvenzverfahren waren darüber hinaus in mehreren Gesetzen verstreut. Bei den bislang in Spanien geltenden vier verschiedenen Gesamtvollstreckungsverfahren wurde danach differenziert, ob der Schuldner Kaufmann war oder nicht. Für Nichtkaufleute sah das bisherige spanische Recht zwei Verfahren vor: Erlass und Stundung (*quita y espera*) und den Gläubigerkonkurs (*concurso de acreedores*), deren materiellrechtlichen Bestimmungen im *Código Civil* (CC) von 1889 enthalten waren (Art. 1911 – 1929 CC). Handelte es sich bei der insolventen Person um einen Kaufmann i.S.d. Art. 1 CCom wurde ebenfalls zwischen zwei Verfahren unterschieden: der Zahlungseinstellung (*suspensión*

¹ Die Normen des Handelsgesetzbuches vom 30. Mai 1829 fanden unter Heranziehung der Zivilprozessordnung vom 3. Februar 1881, das dem Handelsgesetzbuch vom 22. August 1885 vorausging, bis zum Inkrafttreten des Konkursgesetzes Anwendung nach der *D.D. única* Nr. 1 des Zivilprozessgesetzes (*Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*). Vgl. auch die Begründung des Konkursgesetzes I (*Exposición de Motivos*), B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

de pagos) und dem Konkurs (*quiebra*)². Gesellschaften wurden im System des alten spanischen Konkursrechts gemäß Art. 1 Nr. 2 CCom wie Kaufleute behandelt. Daher waren sowohl die Zahlungseinstellung als auch der Konkurs auf sie anwendbar. Die materiellrechtlichen Regelungen zur *quiebra* waren im *Código de Comercio* (CCom) von 1885 geregelt (Art. 874 – 941 CCom) und für die *suspensión de pagos* existierte ein eigenes Gesetz, die *Ley de Suspensión de Pagos* (LSP) von 1922³. Teilweise wurde aber auch hier der CCom von 1885 (Art. 870 – 873 CCom) herangezogen. Die verfahrensrechtlichen Normen für den Kaufmanns- und Nichtkaufmannskonkurs waren schließlich der Zivilprozessordnung von 1881 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*, Art. 1130 – 1396 LEC a.F.) zu entnehmen, die ihrerseits auf einzelne Vorschriften jenes alten Handelsgesetzbuches von 1829 verwies. Mehrere spezialgesetzliche Vorschriften für einzelne Unternehmensgruppen führten schließlich zur vollständigen gesetzlichen Zersplitterung⁴.

Über etliche Jahrzehnte hinweg setzten sich verschiedene Autoren in Spanien mit dem alten Insolvenzrecht auseinander und übten daran scharfe und berechtigte Kritik⁵. Trotz der allgemein hin bekannten Dringlichkeit⁶ und der zwischenzeitlich entstandenen beachtenswerten Reformvorschläge wurde eine Lösung des Problems vom Gesetzgeber hinausgezögert⁷. Hierdurch aber wurde die ohnehin schon missliche Lage nur noch verschlimmert und die Mängel, an denen die alte Gesetzeslage litt, verschärft⁸.

Die Unzulänglichkeiten des bislang geltenden Insolvenzrechts lagen vor allem in dem dargestellten Archaismus der gesetzlichen Regelungen und in deren völliger normativer Zerrissenheit⁹, die letztlich auf die spanische Kodifikation des 19. Jahrhunderts zurückzuführen sind. Diese basierte nämlich auf der Grundlage des Dualismus der Gesetzbücher des Privat- und Handelsrechts und der im Verhältnis zum materiellen Recht getrennten Regelung des Prozess-

² Bei juristischen Personen kamen die Regeln des Kaufmannskonkurses zur Anwendung, wenn Gesellschaften des Handelsrechts oder Genossenschaften betroffen waren. Befanden sich Vereine und Stiftungen in der Insolvenz, galten für sie aber weder die Regeln der *suspensión de pagos* noch die des Konkurses, der *quiebra*. *Vicent Chuliá*, Compendio Crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 846.

³ Gaceta Nr. 257, vom 14.9.1922, *Aranzadi*, Nuevo Diccionario de Legislación, Nr. 28817.

⁴ Zu den unterschiedlichen Gesetzen, die im Konkurs nach altem Recht Anwendung fanden, vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425 f.; *Vicent Chuliá*, Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Bd. II, S. 828 ff., 838; *García Villaverde*, in: *Consejo General del Poder Judicial*, Derecho Concursal, S. 273 ff.

⁵ *Rojo Fernández-Rio*, Crisis de la empresa y procedimientos concursales, AAMN, Bd. XXIV (1981), S. 251, 279; *Puyol Montero*, El País 27.1.1993; *Vázquez Sotelo*, in: La nueva Ley Concursal, S. 9, 12 f.

⁶ *Garrido*, RDBB 1996, S. 889, 890.

⁷ *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1975, S. 509, 512, schrieb schon 1975, dass „la insatisfacción ante la legislación concursal es una constante histórica en el Derecho español“. Zehn Jahre später drückte das *Girón Tena*, RFDUC 1985, S. 7, 9 ff. so aus: „referirse a la necesidad de la reforma del Derecho concursal español casi suena a sarcasmo“.

⁸ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905.

⁹ Z.B. *Vázquez Sotelo*, in: La nueva Ley Concursal, S. 9 ff., 12 f.; *Vicent Chuliá*, Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Bd. II, S. 837; *ders.*, RJC 1978, S. 919, 926; *Cabrillo Rodríguez*, Quiebra y liquidación de empresas, S. 17; *Jiménez Sánchez*, Derecho mercantil, S. 1048.

rechts in einer Zivilprozessordnung¹⁰. Daneben trug auch die Vielzahl der Konkursverfahren dazu bei, die Mängel des spanischen Konkursrechts zu verstärken. Zu den klassischen Instituten des Konkurses (*quiebra*) und des Gläubigerkonkurses (*concurso de acreedores*) kamen die Zahlungseinstellung (*suspensión de pagos*) und das Verfahren des Teilerlasses und der Stundung (*quita y espera*) hinzu, die vorbeugender oder vorläufiger Natur und in ihren objektiven Voraussetzungen unklar waren, was ihre Grenzen verschwimmen ließ¹¹. Die Rechtslage war also chaotisch und glich einem Labyrinth¹², was eine Orientierung nur schwer möglich machte¹³. Zudem wurden die verschiedenen insolvenzrechtlichen Problemlagen vermischt, was zu unbefriedigenden und unkoordinierten Ergebnissen führte. Ebenso widersprach die gesetzliche Regelung der Rechtspraxis und der Auffassung, dass das Insolvenzrecht auch die Sanierung eines insolventen Unternehmens ermöglichen müsse¹⁴. Das bis vor kurzem noch geltende Recht war daher der sozialen und wirtschaftlichen Realität der heutigen Zeit nicht mehr gewachsen und erwies sich damit nicht nur als untauglich, sondern auch als völlig unangemessen. Statt eines harmonischen Insolvenzrechtssystems existierte in Spanien eine absolute Dissonanz unter den insolvenzrechtlichen Regelungen. Bestimmte einzelne Interessen beherrschten auf Kosten allgemeiner Interessen und des Prinzips der Gläubigergleichbehandlung die Insolvenzverfahren¹⁵. In der Konsequenz führte dies zu ungerechten Lösungen, die in der Praxis durch unlauteres Verhalten noch gefördert und verschärft wurden. Die alten konkursrechtlichen Vorschriften vermochten schließlich nicht mehr, diesen Missbrauch zu verhindern¹⁶.

II. Insolvenzverfahren der vergangenen Jahre in Spanien

Das alte spanische Insolvenzrecht sah den Schwerpunkt der Insolvenzregeln in den Verfahren, die die Liquidation des schuldnerischen Vermögens anstrebten (*quiebra* und *concurso de acreedores*). Die spanische Rechtswirklichkeit zeichnete indes bis etwa Mitte der neunziger

¹⁰ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905.

¹¹ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905.

¹² Die Umschreibung dieser Situation als Labyrinth wurde bereits von *Salgado de Somoza* in seinem *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* von 1646, geprägt.

¹³ *Vázquez Sotelo*, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 9, 12 f.; vgl. auch *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357 f.

¹⁴ *Hundertmark*, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht*, S. 40.

¹⁵ Eine allgemeine Abhandlung zu den bevorrechtigten Forderungen in den Insolvenzverfahren nach altem Recht findet sich bei *Bermejo Gutiérrez*, *Créditos y quiebra*; *Díez-Picazo*, *Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores*, in: *Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, S. 293 ff.; *Díez Soto*, in: *Consejo General del Poder Judicial, Preferencia de Créditos, Manuales de Formación Continuada 2*, S. 23 ff.; *Garrido*, *Tratado de las preferencias del crédito*; *López Peláez*, *Los Créditos preferentes en el Derecho Español*; *Oria Fernández de Muniaín*, *La Ley 1997 – III, D – 129 ff.*

¹⁶ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905.

Jahre des vorigen Jahrhunderts ein anderes Bild, denn die Anzahl der *suspensiones de pagos* überstieg deutlich die Zahlen der *quiebras*¹⁷. Die auch als „Flucht in die Vergleichsverfahren“¹⁸ bezeichnete Entwicklung konnte hingegen in dem hier betrachteten Zeitabschnitt von 1997 bis August 2004 nicht festgestellt werden. Denn die Anzahl der Verfahren der *quiebra* überstiegen die der *suspensiones de pagos*. Im internationalen Vergleich, insbesondere auch im Vergleich zu Deutschland, fällt jedoch auf, dass die Gesamtzahl der Insolvenzverfahren in Spanien sehr viel geringer ausfiel.

Tabelle

Anzahl der Zahlungseinstellungs- und Konkursverfahren in Spanien und der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland in den Jahren 1997 – 2004

	Spanien ¹⁹			Deutschland ²⁰
Jahre	Suspensiones de pagos	Quiebras	Insgesamt	Unternehmens-Insolvenzen
1997	479	656	1135	27.474
1998	348	548	896	27.828
1999	290	484	774	26.620
2000	306	522	828	27.930
2001	314	445	759	32.390
2002	408	629	1.037	37.579
2003	367	645	1.012	39.320
2004 bis Aug. ²¹	242	501	743	39.213

Die Anzahl der Insolvenzverfahren in Spanien im Jahr 2004 veränderte sich im Vergleich zu den beiden Vorjahren kaum. Anders, als vielleicht aufgrund des Inkrafttretens des neuen Konkursgesetzes im September 2004 zu erwarten war, stieg die Anzahl der Verfahren in den ersten zwei Quartalen des Jahres 2004 mit Juli und August aber nicht an, sondern ging sogar leicht zurück²². Die Zahlen der *suspensiones de pagos* lagen dabei auf dem Niveau der letzten

¹⁷ Vgl. hierzu die Zahlen der spanischen Insolvenzen in den Jahren 1940 bis 1975 bei Rojo Fernández-Rio, RDM 1975, S. 509, 510 und die bei Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 39 aufgeführten Zahlen der Jahre 1984 bis 1992.

¹⁸ So u.a. Rojo Fernández-Rio, Crisis de la empresa y procedimientos concursales, AAMN, Bd. XXIV (1981), S. 251, 259.

¹⁹ Quelle: Instituto Nacional de Estadística, abrufbar unter <http://www.ine.es>.

²⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, abrufbar unter <http://www.destatis.de>.

²¹ Die Angaben der spanischen Zahlen für das Jahr 2004 beziehen sich nur auf die Zahlen bis August, da die Verfahren der *suspensión de pagos* und der *quiebra* mit Inkrafttreten des Ley Concursal am 1. September 2004 abgeschafft wurden.

²² So gab es im ersten Quartal 2004 72 *suspensiones de pagos* und 150 *quiebras*, im zweiten Quartal 89 *suspensiones de pagos* und 135 *quiebras* und im Juli und August 81 *suspensiones de pagos* und 216 *quiebras*. Quelle: Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es>.

beiden Quartale des Jahres 2003²³. Nur bei den *quiebras* war im Juli und August 2004 ein Anstieg zu verzeichnen. Neuere Zahlen der Insolvenzverfahren seit Inkrafttreten des Konkursgesetzes im September 2004 werden im zweiten Kapitel (A.IV. Tabelle) dargestellt und erläutert.

Die spanischen Zahlen sind hierbei aber nicht nur wegen ihrer leichten Rückläufigkeit deutlich hinter den Zahlen aus Deutschland²⁴ zurückgeblieben. Ein direkter Vergleich der Zahlen aus Spanien und Deutschland verbietet sich allerdings aus verschiedenen Gründen. Um einen adäquaten Vergleich ziehen zu können, müssten die Zahlen zunächst einmal in Relation zu den im Lande ansässigen Unternehmen etc. gesetzt werden²⁵. Allerdings lassen die spanischen Zahlen auch ohne eine exakte Aufschlüsselung erkennen, dass sie niedriger als die in Deutschland sind. Hieraus die pauschale Schlussfolgerung ziehen zu wollen, die spanische Wirtschaft sei gesünder als die deutsche oder die ihrer europäischen Nachbarn, ist jedoch verfehlt. Die niedrige Anzahl von Insolvenzverfahren in Spanien ist so jedenfalls nicht zu erklären und mit dem Verweis darauf, dass wirtschaftliche Krisensituationen in Spanien oftmals außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Verfahren bewältigt würden²⁶, auch nicht vollständig beantwortet. Die Ursachen sind vielfältig und der Hauptgrund dürfte in der nur sehr begrenzt ausgeprägten „Konkurskultur“ in Spanien liegen²⁷. Dass eine solche Kultur in Spanien nur sehr eingeschränkt entwickelt war, lag nicht zuletzt am spanischen Konkursrecht selbst. Denn seine ausgesprochene Komplexität, d.h. die vier unterschiedlichen und langen Verfahren, die zudem wegen ihrer gesetzlichen Verstreuerung schwer zugänglich waren, erschwerten eine Orientierung. Zudem hatte die Anzahl an Privilegien beträchtlich zugenommen, so dass die einfachen Gläubiger in den Konkursverfahren in der Regel nur eine sehr niedrige Quote erzielen konnten oder mit ihren Forderungen ganz ausfielen. Hierdurch ging wiederum jeglicher Anreiz für die Beantragung einer Verfahrenseröffnung verloren. Bedenken gaben auch die zu

²³ 3. Quartal 2003: 71 *suspensiones de pagos*, 131 *quiebras*; 4. Quartal 2003: 87 *suspensiones de pagos*, 166 *quiebras*. Quelle: <http://www.ine.es>.

²⁴ Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland blieb im Jahr 2004 gegenüber 2003 fast konstant, sie stieg lediglich um 0,3 % zum Vorjahr auf insgesamt 39.213 Insolvenzen an. Der volkswirtschaftliche Schaden, der durch Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2004 verursacht wurde, beläuft sich auf 39,4 Milliarden Euro und liegt damit 1,1 Milliarden Euro niedriger als in 2003. Private Gläubiger erlitten im Jahr 2004 einen Schaden von 27,5 Milliarden Euro, so *Creditreform*, SZ vom 1. Dezember 2004, S. 22. Auch im Jahr 2005 wird mit einem hohen Insolvenzniveau gerechnet und für dieses Jahr von ca. 38 000 bis 40 000 Unternehmensinsolvenzen ausgegangen, vgl. *Creditreform*, SZ vom 1. Dezember 2004, S. 22.

²⁵ Da dies aber nicht Aufgabe einer solchen Arbeit ist, wird hierauf verzichtet. An dieser Stelle soll nur ein Überblick über die Zahlen in Spanien und Deutschland gegeben werden, um darzustellen, in welchen Größenordnungen Unternehmensinsolvenzen in beiden Ländern vorkommen.

²⁶ So jedenfalls *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 40.

²⁷ *Rojo Fernández-Rio*, in seinem Vortrag zum neuen spanischen Insolvenzrecht auf dem XX. Kongress der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung in Erfurt am 12.6.2004. Vgl. hierzu auch *Schröder/Kampe*, INF 2004, S. 153, 156.

erwartenden Kosten eines Verfahrens. Die Ergebnisse eines Konkursverfahrens waren darüber hinaus oftmals nicht absehbar, was die Gläubiger ebenfalls von der Einleitung eines Konkursverfahrens Abstand nehmen ließ²⁸.

III. Die einzelnen Insolvenzverfahren nach altem Recht²⁹

1. Insolvenz des Kaufmannes

a) Quiebra

Wie bereits erwähnt lag der theoretische Schwerpunkt des spanischen Insolvenzrechts in den Regelungen des Konkursverfahrens der *quiebra*³⁰ (Art. 874 ff. CCom). Dieses war für die weniger aussichtsreichen Insolvenzfälle vorgesehen. Der Schuldner musste Kaufmann oder Handelsunternehmer sein. Zur Eröffnung des Konkurses war der Antrag des Schuldners oder der eines Gläubigers erforderlich (Art. 875 CCom). Das Handelsgesetzbuch sah in Art. 886 ff. CCom die Abstufung des Konkurses in drei Arten vor: den unverschuldeten (*insolvencia fortuita*), den schuldhaften (*insolvencia culpable*) und den betrügerischen Konkurs (*insolvencia fraudulenta*)³¹.

Sollte der Konkurs über das Vermögen eines Kaufmannes erklärt werden, musste eine prekäre vermögensrechtliche Situation bestehen. Umstritten war jedoch der genaue Konkursgrund der *quiebra*³². Die Ansichten in der spanischen Dogmatik reichten von Zahlungseinstellung,

²⁸ So Rojo Fernández-Rio, in seinem Vortrag zum neuen spanischen Insolvenzrecht auf dem XX. Kongress der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung in Erfurt am 12.6.2004. Vgl. auch Schröder/Kampe, INF 2004, S. 153, 156.

²⁹ Zur alten Rechtslage vgl. Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho mercantil; Casals Coldecarrer, RGD 1988, S. 6091 ff.; Cerdá Albero/Sancho Gargallo, Curso de Derecho Concursal; Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Bd. I, S. 780 ff.; Fínez Ratón, Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales; Frühbeck, ZIP 1983, S. 1002 ff.; Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Bd. II, S. 371 ff.; Gay de Montellá, Código de Comercio español comentado, Bd. I; Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 37 ff.; Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S. 1039 ff.; Majada, Práctica concursal; Martínez Val, Derecho Mercantil; Prieto-Castro, Derecho concursal, S. 21 ff.; Ramírez, Derecho concursal español. La quiebra, Bd. I und Bd. II; Sagrera Tizón, José María, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. II u. III; ders., Estudios de Derecho Concursal; Sánchez de Miguel, in: Consejo General de Colegios de Economistas de España, Crisis económica y Derecho concursal, S. 111 ff.; Uría, Derecho mercantil; Vicent Chuliá, Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Bd. II; ders., RJC 1979, S. 669 ff. Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts betrachten das bislang gültige spanische Insolvenzrecht Bisbal Méndez, La empresa en crisis y el derecho de quiebras; Cabrillo Rodríguez, Análisis económico del derecho concursal español; ders., Quiebra y liquidación de empresas; Candelario Macías, El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales.

³⁰ Vgl. zu dem Verfahren der *quiebra* allgemein: Ramírez, Derecho Concursal, La Quiebra, Bd. I und II; Bisbal Méndez, La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras; Pérez de la Cruz Blanco, in: Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría.

³¹ Urteil des Tribunal Supremo – TS (Oberster Gerichtshof): STS 17.12.1991, INF 1992, 204.

³² Aus der Vielzahl der vorhandenen Literatur siehe insbesondere Frühbeck, ZIP 1983, S. 1011 ff.; Garrigues, Curso de derecho mercantil, Bd. II, S. 475 ff.; Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S. 1039 ff.; Prieto-Castro, Derecho concursal, S. 31 ff.; Ramírez, Derecho concursal español. La quiebra, Bd. I – III; Vicent Chuliá, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 873 ff.

Überschuldung, über endgültige Zahlungsunfähigkeit als jeweils einzigem Insolvenzgrund bis hin zur Annahme mehrerer Konkursgründe in Anlehnung an die Regelungen des *Código de Comercio* von 1829. Uneinheitlich war auch die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*, da dieser in früheren Entscheidungen eine Zahlungseinstellung verlangte³³, in späteren Entscheidungen aber auf die Überschuldung als Konkursgrund abstellte³⁴.

Die Eröffnung des Verfahrens erfolgte durch den zuständigen Richter am Sitz des Schuldners. Der Eröffnungsbeschluss bewirkte, dass der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verlor. Jede Rechtshandlung, die der Schuldner durchführte, war *ipso iure* nichtig, unabhängig vom möglichen guten oder schlechten Glauben Dritter³⁵. Ein vorläufiger Konkursverwalter (*depositario-administrador*) nahm das beschlagnahmte Schuldnervermögen zunächst in Besitz bis die erste Gläubigerversammlung ein Verwaltungs- und Vertretungsorgan ernannt hatte. Dieses bestand aus drei sog. *síndicos*, die das Vermögen des Schuldners den Gläubigerinteressen entsprechend verwalteten. Ein Verwalter (*comisario*) des Konkurses kontrollierte schließlich die Handlungen der Konkursverwalter. Eine wichtige Rechtsstellung hatte die Gläubigerversammlung auch insofern, als sie mit Mehrheit die wichtigsten Beschlüsse fasste³⁶.

Das Verfahren der *quiebra* und das Verfahren des *concurso de acreedores* wiesen hinsichtlich der Wirkungen der Konkurseröffnung und des Verfahrensablaufes zwar einige Parallelen auf, das Konkursverfahren der *quiebra* gestaltete sich jedoch weitaus komplexer. Ein wesentlicher Unterschied zeichnete sich bei der Feststellung der Konkursmasse ab. Denn in der Insolvenz des Nichtkaufmannes bestand lediglich die Möglichkeit einer Konkursanfechtung, um Vermögensgegenstände, über die der spätere Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung verfügt hatte, der Masse wieder zuzuführen. Im Kaufmannskonkurs hingegen existierte neben der Möglichkeit der Konkursanfechtung nach Art. 879 bis 882 CCom³⁷ ein weiteres Mittel, um die Masse aufzufüllen. Hierbei handelte es sich um das Rechtsinstitut der *retroacción de la quiebra* (Art. 878 Abs. 2 CCom), der Rückwirkung des Konkurses als spanischer Besonderheit³⁸. Grund für diese Regelung war die Annahme, dass einer Konkurseröffnung in der Regel eine wirtschaftliche Krise vorausgeht, die letztlich im Konkurs mündet. Der Richter setzte daher ein Datum fest, an dem seines Erachtens nach die Insolvenz eingetreten war und bis zu

³³ Z.B. Urteil des TS 4.6.1929.

³⁴ Urteile des TS 9.1.1984 (ARJ 1984, 342), sowie 11.5.1985 (ARJ 1985, 2286).

³⁵ Adomeit/Frühbeck, Einführung ins spanische Recht, 2S. 105 f.

³⁶ Schröder, INF 2000, S. 93, 98 f.

³⁷ Vgl. hierzu Rojo Fernández-Rio, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. IV, S. 5746, zur Konkursanfechtung S. 5749 ff.

³⁸ Allgemein zur *quiebra*: Sancho Gargallo, La retroacción de la quiebra; Gutiérrez Gilsanz, La fecha de retroacción.

dem die Konkursöffnung zurückwirken sollte. In der Konsequenz bedeutete dies die automatische Nichtigkeit aller Rechtsgeschäfte, die der Gemeinschuldner in der Zeit zwischen dem festgelegten Datum bis zur Konkursöffnung vorgenommenen hatte. Dies konnte zu rechtlichen Unsicherheiten führen. Eine wesentliche Rolle spielte dieses Rechtsinstitut auch für die Rechtsstellung grundpfandrechtlich gesicherter Gläubiger, weshalb an späterer Stelle genauer auf diesen Aspekt eingegangen werden soll (vgl. hierzu in diesem Kapitel B. II.).

Mit der Konkursöffnung ruhten alle gegen die Konkursmasse bestehenden Vollstreckungsverfahren. Hiervon ausgenommen waren jedoch die Vollstreckungsverfahren der privilegierten Gläubiger, die sich mittels Hypothek oder Pfandrecht abgesichert hatten (vgl. hierzu auch in diesem Kapitel B.I.2.).

Nach Art. 912 ff. CCom. wurden Forderungen in zwei Abteilungen (*la graduación de créditos*) aufgegliedert. Die erste enthielt jene Forderungen, die aus dem Erlös des Verkaufs des beweglichen Vermögens des Schuldners zu bezahlen waren. Dabei standen die Gläubiger einer Hypothek und die sonstigen privilegierten Gläubiger im Rang hinter den Gläubigern von Unterhaltsansprüchen, Arbeitslohnforderungen oder Sozialversicherungsansprüchen. In der zweiten Abteilung ergab sich der Vorrang der Gläubiger mit dinglichem Recht aus der Form- und Rangordnung des Hypothekengesetzes. Ein Vergleich, der nur in einer Generalversammlung der Gläubiger genehmigt werden konnte, berührte aber weder die privilegierten noch die sonst gesicherten hypothekarischen Gläubiger³⁹.

Die Beendigung des Konkurses erfolgte entweder durch Vergleich des kaufmännischen Schuldners mit seinen Gläubigern oder mittels Liquidation. In letzterem Fall wurden die Gläubiger in der Form und in dem Verhältnis ausgezahlt, wie es in den Art. 913 bis 919 CCom vorgesehen war (*prelación de acreedores*). Wenn der Konkurs nicht betrügerisch war, konnte der Schuldner auf Antrag auch rehabilitiert werden⁴⁰.

b) Suspensión de pagos

Das Verfahren der Zahlungseinstellung (*suspensión de pagos*)⁴¹ war für Liquiditätsmängel der Kaufleute bestimmt, deren Aktiva zwar noch höher als ihre Passiva waren, die aber trotzdem nicht mehr ihren Verpflichtungen nachkommen konnten. Zweck der Zahlungseinstellung war es, mittels eines Vertrages, in dem ein Nachlass, eine Stundung oder beides zusammen ver-

³⁹ Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 107.

⁴⁰ Pérez de la Cruz Blanco, in: Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria, S. 525; Schröder, INF 2000, S. 93, 99.

⁴¹ Allgemein zur Zahlungseinstellung und zum Konkurs von Schiller, in: Löber/Peuster, Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 1991, S. 531 ff.

einbart wurde, Vollstreckung und Klagen der Gläubiger zu verhindern, und hierdurch das Unternehmen zu erhalten⁴².

Das Gesetz der Zahlungseinstellung vom 26. Juli 1922 (*Ley de Suspensión de Pagos* - LSP)⁴³ war zunächst nur als vorläufiges Gesetz zur Lösung eines konkreten Falles erlassen worden. Beweggrund war die wirtschaftliche Krise einer bedeutenden katalanischen Bank (*Banco de Barcelona*), deren Rettung die spanische Regierung beabsichtigte⁴⁴. Das LSP verwandelte sich dann aber dank seiner Flexibilität in ein Grundwerk des spanischen Konkursrechts⁴⁵.

Die *suspensión de pagos* wurde nur auf Antrag des Schuldners eröffnet, die Gläubiger waren nicht antragsberechtigt⁴⁶. Dem Antrag waren eine vorläufige Bilanz, eine vollständige Gläubigerliste, ein Bericht über die Ursachen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, ein Vergleichsvorschlag sowie die Rechnungsbücher des Schuldners beizufügen (Art. 2 LSP). Für den Antrag stellenden Unternehmer bot die *suspensión de pagos* einen großen Vorteil, denn er verlor hierdurch weder die Verwaltungs- noch die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. Allein die Geschäftsführung wurde von den Vergleichsverwaltern überwacht⁴⁷.

Die Zahlungseinstellung sollte eigentlich nur Unternehmen möglich sein, die sich lediglich in vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten befanden, ähnlich der *quita y espera*. In der Praxis beantragten jedoch auch überschuldete und auf Dauer zahlungsunfähige Unternehmen die Eröffnung einer Zahlungseinstellung⁴⁸. Hierzu wurden Bilanzen des Unternehmens eingereicht, in denen die Aktiva in fragwürdiger Art und Weise höher bewertet worden waren. Für eine derartige Höherbemessung der Aktiva wurden vor allem der Goodwill des Unternehmens und das im spanischen Miet- und Pachtrecht typische Recht des Mieters bzw. Pächters, seine Rechtsstellung zu übertragen (*derecho de traspaso*), herangezogen⁴⁹. Gelangten die vom Richter eingesetzten Vergleichsverwalter (*interventores*) bei der Analyse der wirtschaftlichen Lage des Schuldners dennoch zu dem Ergebnis, dass dieser zahlungsunfähig und überschuldet war (*insolencia definitiva*), so konnten die Gläubiger, die mindestens zwei Fünftel der gesamten Konkursforderungen repräsentierten, die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen, wenn der Schuldner seine Überschuldung nicht fristgemäß zu beseitigen vermochte (Art.

⁴² Schröder, RIW 2004, S. 610.

⁴³ Vgl. allgemein zu diesem Gesetz *Sagrera Tizón*, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. I-IV.

⁴⁴ *Olivencia Ruiz*, RCP 2004, S. 19, 22; *Vázquez Sotelo*, in: La nueva Ley Concursal, S. 9, 13, der schreibt, dass dieses Gesetz von einer Rechtsanwaltskanzlei aus Barcelona in einem Zeitraum, der etwas mehr als ein Wochenende betrug, erarbeitet wurde.

⁴⁵ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905.

⁴⁶ *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht, S. 102 f.

⁴⁷ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 45.

⁴⁸ *Frühbeck*, ZIP 1983, S. 1002, 1009; *Majada*, Práctica concursal, S. 277; *Vicent Chuliá*, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 917.

⁴⁹ *Majada*, Práctica concursal, S. 281.

10 LSP). Trotz endgültiger Überschuldung des Schuldners kam es jedoch zur Fortsetzung der Zahlungseinstellung, wenn ein Konkursverfahren nicht beantragt wurde. In einem solchen Fall konnten daher nicht alle Gläubiger vollumfänglich befriedigt werden⁵⁰.

Bereits mit der den Eingang des Vergleichsantrags bestätigenden richterlichen Verfügung traten die Wirkungen der Zahlungseinstellung ein⁵¹. Die Beantragung eines Konkursverfahrens durch die Gläubiger war von diesem Zeitpunkt an nicht mehr möglich. Ebenso wenig konnten von da an Einzelansprüche gegen den Schuldner gerichtlich gelten gemacht werden, es sei denn, es handelte sich um Ansprüche aus einer Hypothek oder einem Pfandrecht. Bereits anhängige Verfahren wurden fortgeführt, gleichwohl ruhten alle Vollstreckungen über das Vermögen des Schuldners bis zur Beendigung des Vergleichsverfahrens (Art. 9 LSP). Ausgenommen hiervon war allerdings die Vollstreckung hypothekarisch oder pfandrechtlich gesicherter Ansprüche⁵².

In der von den Vergleichsverwaltern aufzustellenden endgültigen Gläubigerliste waren diejenigen Gläubiger auszuweisen, die von einem Vergleich nicht erfasst werden konnten und denen nach Art. 15, 22 LSP ein Stimmhaltungsrecht zustand, wie z.B. den dinglich gesicherten Gläubigern. Im Gegensatz zu den Verfahren *concurso de acreedores* und *quiebra* wurde keine Rangfolge der Forderungen festgelegt, da es sich nur um eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit handelte. Lag aber eine Überschuldung und endgültige Zahlungsunfähigkeit vor, hätten im Grunde die Vorrangregelungen des Konkursverfahrens wenigstens analog Anwendung finden müssen, da es sich faktisch um eine Konkursituation handelte⁵³.

Das Verfahren der *suspensión de pagos* wurde in der Regel mit einem Vergleich beendet. Der Inhalt des Vergleichs gab hierbei die Mehrheitserfordernisse zur Annahme des Vergleichs vor. War z.B. eine Stundung der Konkursforderungen für eine Zeit unter drei Jahren vereinbart, waren die Anforderungen an das Quorum geringer als bei einer Stundung von mehr als drei Jahren oder einem Schuldnachlass (Art. 14 LSP)⁵⁴.

⁵⁰ Prieto-Castro, Derecho concursal, S. 110 f.; Sagrera-Tizón, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. IV., S. 556 f.; Vicent Chuliá, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 917.

⁵¹ Vicent Chuliá, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 842 ff.

⁵² Schröder, INF 2000, S. 93, 98; Adomeit/Frühbeck, Einführung ins spanische Recht, S. 103.

⁵³ Vicent Chuliá, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 918.

⁵⁴ Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 46.

2. *Insolvenz des Nichtkaufmannes*

a) *Concurso de acreedores*

Der Gläubigerkonkurs (*concurso de acreedores*) wurde über das Vermögen eines Nichtkaufmannes eröffnet, wenn die Passiva die Aktiva überstiegen und der Schuldner seinen laufenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen konnte. Die Eröffnung erfolgte nur auf Antrag. Dieser konnte entweder vom Gemeinschuldner (Art. 1156 LEC von 1881) oder von den Gläubigern gestellt werden, soweit diese nachweisen konnten, dass mindestens zwei Einzelzwangsvollstreckungen gegen den Gemeinschuldner liefen, in denen ein die Ansprüche deckendes Vermögen nicht vorzufinden war (Art. 1158 LEC von 1881).

Die Konkurseröffnung bewirkte, dass der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verlor. Das gesamte Vermögen des Schuldners wurde beschlagnahmt. Für die Verwahrung und Verwaltung des Schuldnervermögens wurde bis zur Benennung der endgültigen Konkursverwalter (*síndicos*) durch die Gläubigerversammlung ein vorläufiger Konkursverwalter (*depositario-administrador*) benannt. Alle Forderungen gegen den Gemeinschuldner wurden mit der Konkurseröffnung sofort fällig (Art. 1915 CC). Die Verzinsung der Forderungen ruhte vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung an (Art. 1916 CC) mit Ausnahme der dinglich gesicherten Forderungen. Ab der Konkurseröffnung konnten Einzelzwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr eingeleitet werden, bereits anhängige Verfahren wurden mit dem Konkursverfahren verbunden (Art. 1173 Nr. 3 LEC von 1881).

Der zuständige Richter berief eine erste Gläubigerversammlung ein, aus deren Reihen die Konkursverwaltung ernannt wurde. In der Regel wurden drei Konkursverwalter ernannt (Art. 1210 Abs. 1 LEC von 1881), wenn nicht die Gläubigerversammlung die Ernennung von nur einem oder zwei *síndicos* einstimmig beschloss (Art. 1210 Abs. 2 LEC von 1881). Zur Aufgabe der Konkursverwalter gehörte es, das Vermögen des Gemeinschuldners zu verwahren und zu verwalten bzw. zu veräußern und alle angemeldeten Forderungen innerhalb von dreißig Tagen zu prüfen und drei Gläubigerlisten zu erstellen. In der ersten Liste waren alle geltend gemachten Forderungen, jeweils nach dem Zeitpunkt ihrer Anmeldung geordnet, enthalten. In der zweiten Liste waren die Forderungen aufgelistet, für deren Anerkennung sich die Konkursverwalter aussprachen. Die dritte Liste schließlich enthielt Forderungen, die nach der Überzeugung der Konkursverwalter abzulehnen waren. Über die Anerkennung der Forderungen wurde dann in einer zweiten Gläubigerversammlung abgestimmt. Eine dritte Gläubigerversammlung legte schließlich die Rangfolge der anerkannten Forderungen fest.

Das Gläubigerkonkursverfahren endete entweder durch Befriedigung aller Forderungen oder mit einem Vergleich. Ein solcher Vergleich war von der Gläubigerversammlung zu genehmigen, wobei hier dieselben Mehrheitserfordernisse wie bei dem Verfahren der *quita y espera* galten. Erforderlich war die Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der an der Gläubigerversammlung teilnehmenden Gläubiger, die zusammen mindestens drei Fünftel aller Forderungen vertraten. Wurde der Zwangsvergleich erfüllt, führte dies zu einer Novation der gegen den Gemeinschuldner geltend gemachten Forderungen. Bei Nichterfüllung dagegen lebten die Forderungen in ihrer ursprünglichen Höhe wieder auf⁵⁵.

b) *Quita y espera*

Die *quita y espera*⁵⁶ ermöglichte dem Nichtkaufmann, von seinen Gläubigern einen Schuldennachlass und/oder eine Stundung der Forderungen durch ein gerichtliches Vergleichsverfahren zu erlangen (Art. 1912 CC). Dieses Verfahren war für den Schuldner von Vorteil, da er die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen behielt.

Die Eröffnung des Verfahrens erfolgte, wenn der Schuldner nur wegen vorübergehender Liquiditätsschwierigkeiten zahlungsunfähig und nicht überschuldet war⁵⁷. Auf Antrag des Schuldners fand unter Vorsitz eines Richters eine Gläubigerversammlung statt, in der ein Vergleich erzielt werden sollte. Ein Vergleich kam zustande, wenn mindestens zwei Drittel der anwesenden Gläubiger, die mindestens drei Fünftel der Gesamtforderungen repräsentierten, dem Antrag des Schuldners oder dem Vorschlag eines Gläubigers zustimmten (Art. 1139 Nr. 6 LEC von 1881). Wurde diese Mehrheit erreicht, erklärte der Richter den Vergleich für rechtskräftig, wenn er nicht zuvor fristgerecht angefochten worden war. Grundsätzlich war der Vergleich für alle Gläubiger bindend, außer für diejenigen, die berechtigt waren, am Vergleich nicht teilzunehmen und sich in der Gläubigerversammlung der Stimme zu enthalten (Art. 1917 CC). Alle bevorrechtigten Gläubiger verfügten über ein solches Stimmenthaltungsrecht (Art. 1917 i.V.m. Art. 1922, 1923, 1924 CC). Wurde kein Vergleich erzielt, konnten die Gläubiger ihre Rechte einzeln weiterverfolgen oder einen Antrag auf Konkurs stellen. Einzelzwangsvollstreckungen in das Vermögen des Schuldners waren für die Dauer des Vergleichsverfahrens unzulässig; bereits anhängige Verfahren wurden unterbrochen⁵⁸.

⁵⁵ Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 41, 42.

⁵⁶ Im einzelnen Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Bd. I, S. 787 ff.; Frühbeck, ZIP 1983, S. 1002 ff.; Majada, Practica concursal, S. 13 ff.; Prieto-Castro, Derecho concursal, S. 125 ff. und Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 42 f.

⁵⁷ Majada, Práctica concursal, S. 16; Prieto-Castro, Derecho concursal, S. 126.

⁵⁸ Vgl. Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 42 f.

B. Immobiliarsicherheiten in den Insolvenzverfahren nach altem Recht

I. Position dinglich gesicherter Gläubiger

1. Allgemeines

Das alte spanische Insolvenzrecht enthielt keine einheitliche Regelung zur Stellung dinglich gesicherter Gläubiger. Die innerhalb der Insolvenzverfahren existierenden Vorzugsrechte, die eine bevorzugte Befriedigung gewährten, und die Aus- und Absonderungsrechte der dinglichen Rechte, die außerhalb der Verfahren eine abgesonderte Befriedigung ermöglichten, führten zu einem überaus komplizierten und unübersichtlichem Geflecht an Rechten. In den Insolvenzverfahren mussten grundsätzlich alle Gläubiger ihre Forderungen und Rechte anmelden, über deren Anerkennung die Gläubigerversammlung entschied, und deren Rangfolge dann festgelegt wurde⁵⁹.

Zu den ursprünglich im *Código Civil* und im *Código de Comercio* vorgesehenen dinglichen Gläubigern einer Hypothek⁶⁰ und eines Faustpfandrechts kamen seit der Entstehung dieser Gesetze eine Reihe neuer gesetzlicher und gewohnheitsrechtlicher Sicherungsrechte hinzu. In den unterschiedlichen Insolvenzverfahren existierten gesonderte Regelungen für Hypothek und Pfandrecht. Bei den gesetzlich geregelten Sicherungsrechten enthielt das entsprechende Spezialgesetz eine Regelung zur Insolvenz des Sicherungsgebers, wobei die insolvenzrechtliche Behandlung entweder der eines Faustpfandrechts oder der einer Hypothek entsprach⁶¹.

In den verschiedenen Insolvenzverfahren gestaltete sich die Behandlung der dinglichen Sicherheiten mithin unterschiedlich. Im Verfahren der *suspensión de pagos* existierte eine einheitliche Regelung der dinglichen Sicherheiten. Da in dem Verfahren weder die Rechtsposition der dinglich gesicherten Gläubiger noch die der Gläubiger mit einem Herausgabeanspruch zur Disposition standen, hatten alle dinglich gesicherten Gläubiger ein Stimmhaltungsrecht inne (Art. 15 bzw. 22 LSP) und wurden in der endgültigen Gläubigerliste als gesonderte Gruppe ausgewiesen (Art. 12 Abs. 1 LSP). Ihre Teilnahme an den Gläubigerversammlungen war nicht erforderlich und ihre Forderungen blieben bei der Berechnung einer Abstimmung unberücksichtigt. Ein Vergleich konnte einem dinglich gesicherten Gläubiger gegenüber nur dann Bindungswirkung entfalten, wenn dieser an der Gläubigerversammlung teilgenommen

⁵⁹ Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 54.

⁶⁰ Vgl. allgemein zur konkursrechtlichen Behandlung der Hypothek Beltrán Sánchez, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Bd. III.

⁶¹ Vgl. Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 54.

hatte⁶². Hinsichtlich einer Einzelvollstreckung konnten die dinglich gesicherten Gläubiger auch während des Vergleichsverfahrens aus der Sicherheit vollstrecken (Art. 9 Abs. 4 LSP)⁶³.

Im Kaufmannskonkurs (*quiebra*) war die Stellung dinglich gesicherter Gläubiger wiederum anders geregelt. Die Aussonderungsansprüche aus Art. 908, 909 CCom konnten durchgesetzt werden, wenn sie entweder von der Gläubigerversammlung anerkannt oder in einem gerichtlichen Urteil festgestellt worden waren (Art. 1380, 1382 LEC von 1881). Den Gläubigern einer dinglichen Sicherheit war das Recht auf abgesonderte Vollstreckung zuerkannt worden, so dass sie zur Verwertung der belasteten Sachen außerhalb des Konkursverfahrens schreiten konnten (*separatio ex iure crediti*), ohne dass die individuelle Ausübung ihres Rechts hierbei einer Beschränkung unterlag, die einen Vergleich oder die Liquidation des schuldnerischen Vermögens erleichtern sollte⁶⁴. Da die Konkurseröffnung bei der *quiebra* und der *quita y espera* zum vorzeitigen Fälligwerden der Verpflichtungen des Konkursschuldners führten (Art. 883 CCom bzw. Art. 1915 CC), konnte die Verwertung der Sicherheit sofort betrieben werden. Das Recht auf abgesonderte Vollstreckung war nicht allgemein geregelt, sondern leitete sich aus Normen verschiedener Gesetze ab. Ausdrücklich geregelt war es für den Pfandgläubiger (Art. 918 CCom)⁶⁵, den Gläubiger einer Schiffshypothek (Art. 39 *Ley de Hipoteca Naval* – LHN), den Gläubiger einer Mobiliarpfandhypothek oder eines besitzlosen Pfandrechts (Art. 10 Abs. 2, 85, 88 und 93 *Ley de Hipotecario Mobiliario y Prenda sin desplazamiento de Posesión* – LHM), den Gläubiger von Forderungen, die aus einem Abzahlungsverkauf beweglicher Sachen hervorgingen, die unter ordnungsgemäß eingetragenen Eigentumsvorbehalt oder unter eingetragenen Verfügungsverbot verkauft worden waren (Art. 19, 23 *Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles* – LVPBM von 1965, Art. 16 Abs. 5 LVPBM von 1998), und die Forderung zugunsten eines Finanzierungsleasinggebers (*D.A. primera* Abs. 5 LVPBM von 1998)⁶⁶. Der bei einer außerkonkursrechtlichen Verwertung etwaig erzielte Mehrerlös war an die Konkursmasse abzuführen⁶⁷.

Im Vergleichsverfahren eines Nichtkaufmannes (*quita y espera*) wurde der Pfand- und der Hypothekengläubiger aus dem Erlös der Pfand- bzw. der hypothekarisch belasteten Sache

⁶² Ohne Bedeutung ist, ob die dinglich gesicherten Gläubiger an Abstimmungen teilgenommen haben oder nicht. So *Sagrera Tizón*, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. III, S. 374; v. *Schiller*, Zahlungseinstellung und Konkurs, S. 538.

⁶³ *Sagrera Tizón*, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. II, S. 482 f.

⁶⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1036.

⁶⁵ War das Pfandrecht in einer öffentlichen Urkunde begründet, konnte der Faustpfandgläubiger das Pfandgut zurückbehalten und zu dessen eigenständigen Verwertung übergehen, es sei denn die Konkursverwalter hatten das Pfandgut durch vollständige Zahlung der gesicherten Forderung abgelöst (Art. 918 CCom).

⁶⁶ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1036.

⁶⁷ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 54 f.

bevorzugt befriedigt (Art. 1922 Nr. 2, Nr. 3, 1923 Nr. 3 CC)⁶⁸. Die pfandrechtlich und hypothekarisch gesicherten Forderungen schlossen alle anderen Forderungen bis zum Wert des Pfandes bzw. der hypothekarisch belasteten Sache aus (Art. 1926 Abs. 1, 1927 Abs. 1 CC).

2. Immobiliarpfandrecht

Erstaunlicherweise war die Rechtslage bei einer Hypothek an unbeweglichen Sachen komplizierter. Das Bestehen des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung in der *quiebra* war nur anhand fragmentarischer Vorschriften abzuleiten. Herangezogen wurden hierbei Art. 166 LEC von 1881⁶⁹ oder Art. 1234 und 1319 LEC von 1881⁷⁰. Das Hypothekengesetz (*Ley Hipotecaria* – LH) bestimmte seinerseits, dass die Vollstreckungsverfahren aufgrund einer Konkursöffnung über das Vermögen des Schuldners nicht ausgesetzt wurden (Art. 127, Art. 132 LH a.F.⁷¹) und hieß ausdrücklich die Regel gut, ein summarisches Verfahren nicht mit einem anderen Einzel- oder Gesamtverfahren zu verbinden (Art. 135 LH a.F.)⁷². Die Rechtsprechung bestätigte die Auslegung der genannten Vorschriften und erkannte hierdurch das Recht auf abgesonderte Vollstreckung an⁷³.

In der Literatur war man sich insoweit einig, dass der Hypothekengläubiger, der die Vollstreckung aus der Hypothek bereits vor der Konkursöffnung eingeleitet hatte, diese auch fortsetzen konnte. Die Behandlung der übrigen Hypothekengläubiger war dagegen streitig. Mehrheitlich wurde zwar davon ausgegangen⁷⁴, dass alle Hypothekengläubiger auch noch nach der Konkursöffnung aus der Sicherheit vollstrecken konnten. Eine andere Ansicht⁷⁵ schloss eine abgesonderte Befriedigung des hypothekarisch gesicherten Gläubigers hingegen aus und wollte diesem nur eine bevorzugte Befriedigung aus dem Verwertungserlös der Zwangsversteigerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks innerhalb des Konkurs-

⁶⁸ Vgl. *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 55.

⁶⁹ Dieser nahm eine Verbindung des Gesamtverfahrens mit den Vollstreckungsverfahren, die nur in hypothekarisch belastete Sachen erfolgten, aus.

⁷⁰ Dieser sah die Veräußerung von Immobilien, die aufgrund ihrer hypothekarischen Belastung in einer nicht mit dem Konkurs verbundenen Vollstreckung gepfändet wurden, durch die Konkursverwalter vor. Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1037; *Beltrán* und *Cortés*, beide in: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Bd. III, S. 3488 ff. bzw. S. 3513 ff.; *Iglesias*, in: *Hipotecas y seguridad jurídica*, S. 241 ff.; *Ramírez*, *Derecho concursal español. La quiebra*, Bd. II, 2, S. 663.

⁷¹ Jeweils zum ordentlichen Vollstreckungsverfahren und zum summarischen Gerichtsverfahren.

⁷² Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1037; hierzu auch *Yañez Velasco*, *Ricardo*, RDP 2000, S. 93 ff.

⁷³ Diese Linie verfolgt das Urteil des TS 11.10.1985.

⁷⁴ So *Ramírez*, *La quiebra*, Bd. II, S. 662 f.; *Vicent Chuliá*, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Bd. II, S. 890. Unentschieden *Jiménez Sánchez*, *Derecho mercantil*, S. 1085.

⁷⁵ *Garrigues*, *Curso de Derecho Mercantil*, Bd. II, S. 445; ihm folgend *Iglesias Mayoralgo*, in: *Hipotecas y seguridad jurídica*, S. 239, 261; *Sotillo Navarro*, RGD 1956, S. 200 ff., 355 ff, 368; *Uriá*, *Derecho mercantil*, S. 919; *ders.*, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, S. 237 f.

verfahrens zubilligen. Diese Sichtweise barg jedoch ein erhebliches Risiko in sich. Denn die unterschiedliche Behandlung, die am Zeitpunkt der Vollstreckungseinleitung festgemacht wurde, hätte die Hypothekengläubiger dazu veranlassen können, so früh wie möglich aus ihrer Sicherheit vorzugehen. Hierdurch wären wirtschaftliche Krisen und damit Konkursituationen aber erst herbeigeführt worden, was es zu vermeiden galt. Die herrschende Meinung verwies daher vor allem auf die Vorschriften über die Schiffs- und Mobiliarhypothek (Art. 19 *Ley de Hipoteca Naval* bzw. Art. 10, 85 *Ley de Hipoteca Mobiliaria*). Eine abgesonderte Befriedigung galt danach in analoger Anwendung dieser Vorschriften auch für die Immobilienhypothek⁷⁶.

Im *Código de Comercio* von 1885 war die komplexe Regelung der Rangfolge der Forderungen für den Fall der *quiebra* enthalten (Befriedigung durch den Erlös einer unbeweglichen Sache, Art. 914 CCom von 1885). Gläubigerforderungen wurden mit der Konkursöffnung vorzeitig fällig (Art. 883 CCom von 1885). Die hypothekarisch gesicherten Gläubiger waren als dinglich bevorrechtigte Gläubiger qualifiziert (Art. 914 CCom) und nahmen die erste Rangstelle ein, noch vor den einzelprivilegierten Gläubigern (Art. 913 CCom), wobei der spätere Art. 32 ET⁷⁷ diese Rangfolge mit dem sog. *superprivilegio salarial* abänderte, so dass die dort geregelten Lohnforderungen noch vor den hypothekarisch gesicherten Forderungen Befriedigung erlangten⁷⁸.

Daneben wurden die Hypothekengläubiger als Gläubiger einer öffentlichen Urkunde im Sinne des Art. 919 CCom erachtet, weshalb sie auch aus diesem Grund privilegiert waren (Art. 913 Nr. 3 CCom). So waren Hypothekengläubiger auch zu dem Teil privilegiert, mit dem sie bei der Verwertung der hypothekarisch belasteten Sache ausgefallen waren, und wurden entsprechend dem Zeitpunkt der Eintragung mit den anderen Gläubigern befriedigt (Art. 919 CCom)⁷⁹. Darüber hinaus stand dem Hypothekengläubiger ein Stimmhaltungsrecht hinsichtlich eines Konkursvergleichs zu: enthielt er sich, war er nicht an die Bestimmungen des Vergleichs gebunden (Art. 900 CCom)⁸⁰.

Dem Hypothekengläubiger standen daher zwei Vorgehensweisen zur Auswahl. Er konnte seine Forderungen entweder abgesondert im Wege der Vollstreckung befriedigen oder in das Konkursverfahren eintreten. Bei einer abgesonderten Vollstreckung musste er sich weder in

⁷⁶ So Ramírez, *La quiebra*, Bd. II, S. 662 f.; Hundertmark, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht*, S. 55; Vicent Chuliá, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Bd. II, S. 890; Unentschieden Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil*, S. 1085.

⁷⁷ ET = *Estatuto de los Trabajadores* – Arbeitnehmerstatut.

⁷⁸ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1431 f.

⁷⁹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1432.

⁸⁰ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1432.

die Masse der Gläubiger einreihen noch seine hypothekarisch belasteten Sachen in die Konkursmasse eingliedern. Beim Eintritt in das Konkursverfahren verzichtete er auf sein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Nach der Anmeldung, Anerkennung und Einstufung seiner Forderung wurde zur Veräußerung der hypothekarisch belasteten Sachen innerhalb des Konkursverfahrens geschritten (Art. 1234 LEC)⁸¹.

Eine klare Regelung der Immobiliehypothek fehlte auch im Insolvenzverfahren der *suspensión de pagos*. Die im Zeitpunkt der Erklärung der Zahlungseinstellung laufenden Vollstreckungsverfahren in die hypothekarisch belasteten Sachen waren von der allgemeinen Regel für die ordentlichen Verfahren und Vollstreckungsverfahren ausgenommen, die bis zum Erreichen eines Urteils fortgesetzt wurden, obwohl die Vollstreckung dann ausgesetzt war (Art. 9 Abs. 4 LSP)⁸². Es war jedoch keine Regelung vorgesehen, nach der die Hypothekengläubiger dazu berechtigt waren, ihre Sicherheiten zu verwerten, wenn die Zahlungseinstellung einmal eingeleitet war. Ein solches Recht konnte dabei wohl dem Stimmhaltungsrecht der Hypothekengläubiger in der Gläubigerversammlung (Art. 15 Abs. 3 LSP) und der fehlenden Bindung der Gläubiger an den Vergleich (Art. 22 LSP) entnommen werden.

Erst mit Inkrafttreten des neuen Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC⁸³) im Jahr 2001 konnten diese Auslegungsschwierigkeiten endgültig beseitigt werden. In dem neuen Gesetz wurde die Verbindung der Konkursverfahren mit den Vollstreckungsverfahren in hypothekarisch belastete Sachen ausdrücklich ausgenommen, unabhängig vom Beginn der Vollstreckung (Art. 98 Abs. 1 Nr. 2 LC). Zudem war nunmehr ausdrücklich geregelt, dass Zahlungseinstellung, Konkurs und Gläubigerkonkurs des Vollstreckungsschuldners weder die Aufnahme von Einzelzwangsvollstreckungen, die ausschließlich in hypothekarisch abgesicherte Sachen erfolgte, noch die Fortsetzung von bereits laufenden Vollstreckungsverfahren in die beschriebenen Sachen bis zur Befriedigung des Gläubigers innerhalb der Grenzen des jeweiligen Hypothekenrechts verhinderten, wobei ein etwaiger Überschuss des Erlangten dem Konkursverfahren zuzuführen war (Art. 568 LEC)⁸⁴.

Das Recht auf abgesonderte Vollstreckung und das Vorzugsrecht an den hypothekarisch belasteten Sachen (Art. 1923 Nr. 3 CC und Art. 914 Nr. 1 CCom) verlieh daher grundsätzlich

⁸¹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1432.

⁸² Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1037.

⁸³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁴ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1037.

eine außerordentlich sichere Position: War die Sicherheit ausreichend, wurde der Gläubiger vollständig in einer möglichen Insolvenz des Gläubigers befriedigt⁸⁵.

3. Sicherungsübereignung

Als ein in Spanien gesetzlich nicht geregeltes und umstrittenes Rechtsinstitut warf die Sicherungsübereignung (*venta en garantía*) (vgl. ausführlich im 5. Kapitel unter F.) auch hinsichtlich ihrer Behandlung in der Insolvenz einige Fragen auf.

a) Insolvenz des Sicherungsgebers

In der Insolvenz des Sicherungsgebers stand den Pfandgläubigern und den Gläubigern einer Mobiliarhypothek bzw. eines besitzlosen Pfandrechts ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zu (Art. 1922 Nr. 2 CC, Art. 10 LHM). Eine derartige Regelung existierte jedoch nicht für die Sicherungsübereignung. Die Rechtsprechung billigte dem Sicherungsnehmer in der Insolvenz des Sicherungsgebers aber ein Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Sicherungsgut aufgrund seines Zurückbehaltungsrechts bis zur Erfüllung seiner Darlehensforderung (*ius retentionis*) zu⁸⁶. Auch die Lehre gestand dem Sicherungsnehmer lediglich ein Zurückbehaltungsrecht zu⁸⁷. Rechtsprechung und Literatur kamen in diesem Punkt also zum gleichen Ergebnis. Das gesetzlich nicht geregelte Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsnehmers räumte diesem grundsätzlich keine pfandrechtsähnliche Stellung ein und führte auch nicht zu einem Verwertungsrecht an der Sache nach Art. 1892 CC⁸⁸. Der Sicherungsnehmer

⁸⁵ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1036.

⁸⁶ Grundsatzentscheidung des TS 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); STS 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); Darlehensrückzahlung Zug um Zug gegen Löschung der Registereintragung; STS 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583). So auch *Pérez de Ontiveros*, RJN 1991-II, S. 47 ff.; *Fuenteseca*, El negocio fiduciario, S. 145 zieht diese Entscheidung heran, um zu begründen, dass der TS nicht von einer Übertragung des Eigentums ausgeht. In einem anderen vom TS entschiedenen Fall (STS 22.12.1988, ARJ 1988, 9748), in dem der Veräußerer zusätzlich zum Verkauf mit Wiederkaufsvereinbarung Wechsel über die Darlehenssumme gezeichnet hatte, wurde der Erwerberin auch nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Sache zugesprochen. Da die Erwerberin gleichzeitig Inhaberin des Forderungsrechts geblieben war, handelte es sich um ein Sicherungsgeschäft, da sie das Vollrecht nur zu Sicherungszwecken erlangen sollte. Aufgrund eines Sicherungsrechts allein konnte eine Aussonderung aber nicht erfolgen.

⁸⁷ Darauf weist auch *Sánchez Lorenzo*, Garantías reales en el comercio internacional, S. 171, 233 f. hin, der die Konzeption des formellen Eigentums aber als unvereinbar mit dem kausalistischen System ansieht. Andere wiederum stützen das Recht auf bevorzugte Befriedigung auf eine analoge Anwendung von Art. 1922 Abs. 2 CC, so *De Castro y Bravo*, in: *El negocio jurídico*, S. 409, 424, 434; *de Angel Yagüe*, RCDI 1973, S. 47, 69 ff.; *Puig Brutau*, Fundamentos de derecho civil, Bd. III, Teil 3, S. 379 f.; *Vidal Martínez*, La venta en garantía en el derecho civil común español, S. 233; *Lobato García-Miján*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 353 ff.; *Cámara Lapiente*, Operaciones fiduciarias, S. 1808 f.

⁸⁸ Vgl. *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, S. 94; *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd. II Teil 1, S. 242; *Diez-Picazo/Gullón*, Sistema de Derecho Civil, Bd. II, S. 176; *ders.*, Fundamentos del Derecho Patrimonial, Bd. II, S. 410 f.; anders für das Zurückbehaltungsrecht nach dem katalanischen Gesetz 22/1991, *Puig Ferriol/Roca i Trias*, Instituciones del dret civil de Catalunya, Bd. I, S. 441.

sollte sich nur aus der Sache bevorzugt befriedigen können und sich nicht auf das Eigentum stützen können⁸⁹. Die Rechtsprechung näherte aber beim Auftrag die Stellung des Auftragnehmers hinsichtlich seines Ersatzanspruches an die Stellung eines Pfandrechtsgläubigers an⁹⁰ und zog für die treuhänderische Berechtigung ausdrücklich die Parallele zum Pfandrecht⁹¹.

Inwiefern der besitzlose Sicherungsnehmer sein Zurückbehaltungsrecht durchsetzen sollte, blieb aber auch nach der Rechtsprechung des Tribunal Supremo unbeantwortet⁹². Bei der Sicherungsübereignung von Immobilien konnte das Zurückbehaltungsrecht auf die grundbuchrechtliche Position gestützt werden, was bei beweglichen Sachen nicht möglich war, so dass ihnen eine Rechtsposition fehlte, die zurückgehalten werden konnte. In einigen Fällen befand die höchstichterliche Rechtsprechung die Vereinbarung eines Besitzkonstituts jedoch für zulässig und erkannte eine Vorzugswirkung des Sicherungsrechts an⁹³, wobei aus den jeweiligen Entscheidungen nicht eindeutig hervorgeht, worauf die Vorzugsstellung des Gläubigers im Einzelnen gestützt wurde. Da öffentlich beurkundete Forderungen aufgrund ihrer gesteigerten Verlässlichkeit im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung eine bevorzugte Behandlung erfuhren⁹⁴, konnte der Sicherungsnehmer bereits mit seiner beurkundeten Forderung eine Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach Art. 1532 LEC von 1881 (*tercería del mejor derecho*) anstrengen⁹⁵. Auf eine pfandrechtsähnliche Wirkung des Zurückbehaltungsrechts kam es in diesem Fall nicht an.

b) Insolvenz des Sicherungsnehmers

Die bis in die siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts von der Rechtsprechung vertretene Doppeleffekttheorie⁹⁶ sah die in der Sicherungsübereignung zwei rechtlich selbständige, aber miteinander verbundene Rechtsgeschäfte (vgl. hierzu ausführlich 5. Kapitel F. I. 2.). Bevor diese aufgegeben wurde, war streitig, was im Falle der Insolvenz des Sicherungsnehmers mit

⁸⁹ SSTs 6.7.1992 (ARJ 1992, 6186), 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583), 30.1.1991 (ARJ 1991, 349), 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748); *ius distrahendi*, 8.5.1988 (ARJ 1988, 1607), 25.2.1988 (ARJ 1988, 1305) und 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); übereinstimmend: *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. II Teil 1, S. 476.

⁹⁰ STS 7.7.1987 (ARJ 1987, 5185) für Art. 276, 704, 842 CCom und Art. 1730 CC. In einer älteren Entscheidung hat der TS ausgeführt, dass das Zurückbehaltungsrecht an sich kein Recht zur bevorrechtigten Befriedigung verleiht, vgl. STS 24.6.1941 (ARJ 1941, 758).

⁹¹ STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); übereinstimmend *Aranda Rodríguez*, La prenda de créditos, S. 147.

⁹² *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, S. 95.

⁹³ STS 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583).

⁹⁴ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, S. 95.

⁹⁵ STS 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583); *venta en garantía*; in der Beurkundung der Forderung sehen auch andere Autoren eine Möglichkeit, die bevorzugte Behandlung im Konkurs zu erreichen, vgl. *Fuenteseca*, El negocio fiduciario, S. 225; *Albaladejo/Guilarte Zapatero*, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, Bd. XXIII, S. 415; zu den Möglichkeiten einer restriktiven Interpretation dieses Vorzugsrechts: *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho patrimonial, Bd. II, S. 773 ff.

⁹⁶ SSTs 4.1.1956 (ARJ 1956, 244); 5.12.1959 (ARJ 1959, 4880); 30.10.1965 (ARJ 1965, 4752); 28.12.1973 (ARJ 1973, 4984) u. 30.4.1977 (ARJ 1977, 1699).

dem Sicherungsgut geschehen sollte. Nach den entscheidenden Beiträgen von *De Castro*⁹⁷ billigte die herrschende Meinung⁹⁸ dem Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht der Sache als sog. materiellen Eigentümer nach Art. 908 CCom zu⁹⁹ (Die Rechtsprechung unterscheidet bei der Sicherungsübereignung zwischen formellem und materiellem Eigentum, vgl. hierzu 5. Kapitel F.I.2.b). Dies setzte jedoch die vollständige Kreditrückzahlung voraus, da die Konkursverwalter nach Art. 908 letzter HS CCom die Herausgabe der gesicherten Sache verweigern konnten. Betrieb ein Gläubiger des Sicherungsnehmers¹⁰⁰ die Zwangsvollstreckung, sprach die Rechtsprechung dem Wiederkaufsberechtigten aber das Vorgehen durch eine Drittwiderspruchsklage ab¹⁰¹.

4. Eigentumsvorbehalt

Der in der spanischen Rechtsordnung anerkannte und gesetzlich geregelte¹⁰² Eigentumsvorbehalt war nach den alten konkursrechtlichen Regelungen grundsätzlich konkursfest. Eine explizite Regelung existierte aber nur zum Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen, die dem Abzahlungsgesetz unterlagen. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die insolvenzrechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehalts an Sachen, die nicht unter dieses Gesetz fielen, wozu insbesondere Immobilien gehörten.

a) Insolvenz des Vorbehaltskäufers

Der Verkäufer, der eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft hatte, die dem Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes unterlag, genoss im Konkurs ein Aussonde-

⁹⁷ *De Castro*, El negocio jurídico, S. 409 ff. und S. 424, 434.

⁹⁸ *De Angel Yagüez*, RCDI 1973, S. 47, 57 f.; *Puig Brutau*, Fundamentos de derecho civil, Bd. III, Teil 3, S. 379; *Vidal Martínez*, La venta en garantía en el derecho civil común español, S. 232 f.; *Jordano Barea*, ADC 1983, S.1435, 1450 ff.; *Gómez Gállico*, AC (33) 1992, S.546; *Sánchez Lorenzo*, Garantías reales en el comercio internacional, S. 174; *Beltrán Sánchez*, El derecho de separación en la quiebra, S. 285 f.; *Cámara Lapiente*, Operaciones fiduciarias, S. 1807; *Lobato García-Miján*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 349; *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, S. 215 f.

⁹⁹ STS 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748). Diesem Urteil lag ein Verkauf mit Wiederkaufsrecht zur Sicherung von Forderungen, über die auch Wechsel gezeichnet wurden, zugrunde. Der TS hat das Geschäft aus diesem Grunde als treuhänderisch qualifiziert. Hinsichtlich der Aussonderungsbefugnis übereinstimmend *Gómez Galligo*, AC 1992, Nr. 33, S. 533, 546; *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. II Teil 1, S. 477; *Sánchez Lorenzo*, Garantías reales en el comercio internacional, S. 174.

¹⁰⁰ Dieser kannte die Tatsache einer nur sicherungsweisen Übertragung nicht und ließ ein Verfügungsverbot eintragen.

¹⁰¹ STS 12.2.1988 (ARJ 1988, 942). In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren die treuhänderischen Bindungen nur privatschriftlich vereinbart und das Eigentum als Volleigentum im Register eingetragen worden. Aufgrund dessen könnte der Tribunal Supremo dem Sicherungsgeber eine Drittwiderspruchsklage verwehrt haben. A.A. *Perez de Ontiveros*, RJN 1991-II, S. 43, 66.

¹⁰² Im neu gefassten Abzahlungsgesetz bei beweglichen Sachen (Ley 28/1998, 13 julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles – LVPBM).

rungsrecht, da das Vorbehaltsgut nach Art. 16 Abs. 5 LVPBM nicht zur Masse bzw. zum Vermögen des Käufers gehörte, solange die gesicherte Forderung nicht erfüllt war¹⁰³.

Der unter Eigentumsvorbehalt vorleistende Verkäufer war aber auch vor der Anerkennung der Konkursfestigkeit nicht schutzlos gestellt. Im Konkurs des Käufers war er zur Aussonderung berechtigt, wenn bei einem Handelsgeschäft mit Barzahlung der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt worden war (Art. 909 Nr. 8 CCom)¹⁰⁴. Kam es zu einer Veräußerung der Sache durch den Erwerber, erlosch dieses Recht jedoch¹⁰⁵. War der Käufer zahlungsunfähig, konnte der Verkäufer die Kaufsache öffentlich versteigern lassen und sich aus dem Erlös mit Vorrang vor allen anderen Gläubigern befriedigen (Art. 340 CCom)¹⁰⁶.

Der *Tribunal Supremo*¹⁰⁷ vertrat unter Bezugnahme auf Art. 908 CCom¹⁰⁸ i.V.m. Art. 909 Nr. 3 CCom den Standpunkt, dass beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung noch kein legaler und unwiderruflicher Eigentumsübergang vorliege und der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltsware nicht als Eigentümer, sondern nur zum Gebrauch besitze. Die Rechtsprechung erkannte damit das Recht des Vorbehaltsverkäufers zur Aussonderung an.

Bei Rückgabe der Vorbehaltsware war der Verkäufer in der Regel zur Rückerstattung der bereits erhaltenen Teilzahlungen verpflichtet. Anstelle der Rückgabe konnte der Konkursverwalter aber auch auf die Vertragserfüllung bestehen. Im Konkurs konnte der Vorbehaltsverkäufer eine abgesonderte Befriedigung aufgrund seines Verkäuferprivilegs verlangen. Gleiches galt bei der Zahlungseinstellung, wenn der Vorbehaltseigentümer ein beurkundetes Datum (*fecha cierta*) nachweisen konnte. Denn bereits die Beurkundung der Forderung verbesserte die Rechtsstellung des Gläubigers im Konkurs, weil eine datierte Urkunde ein vorrangiges Befriedigungsrecht gegenüber den allgemeinen Konkursforderungen einräumte¹⁰⁹. Der

¹⁰³ Hellmich, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, S. 168.

¹⁰⁴ Der Verkäufer konnte ebenso aussondern, wenn der Verkäufer das Übertragungspapier übergeben hatte, obwohl der Käufer die Ware noch nicht empfangen hatte, „stoppage in transitu“ (Art. 909 Nr. 9 CCom). In diesen beiden Fällen war der Käufer Eigentümer geworden. Beide Bestimmungen waren Ausnahmen zum Prinzip der *par conditio creditorum*. So Martínez, NZI 2004, S. 72, 77; Vicent Chuliá, Compendio crítico de Derecho mercantil, Bd. II, S. 888; Rodríguez Rodríguez, La separación de bienes en la quiebra, S. 84.

¹⁰⁵ Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Patrimonial, Bd. II, S. 761.

¹⁰⁶ Hellmich, Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung, S. 168.

¹⁰⁷ TS, Urteil 1.3.1929.

¹⁰⁸ In Art. 908 CCom war das Recht zur Aussonderung geregelt. Waren und andere Gegenstände, die sich in der Masse befanden, deren Eigentum dem Gemeinschuldner aber noch nicht durch einen legalen und unwiderruflichen Titel übertragen worden waren, waren danach als fremdes Eigentum anzusehen und dem rechtmäßigen Eigentümer zur Verfügung zu halten.

¹⁰⁹ Art. 913 Nr. 4, 916 Nr. 2 CCom für den Kaufmannskonkurs und Art. 1924 Nr. 3 A), Art. 1929 CC für den Gläubigerkonkurs.

Verkäufer war zur Aussonderung der Vorbehaltsware berechtigt (Art. 12 f., 15 und 22 LSP i.V.m. Art. 908 f. CCom)¹¹⁰.

Gegen die Pfändung der Sache durch Gläubiger des Vorbehaltskäufers konnte der Verkäufer mit der Drittwiderspruchsklage (*tercería de mejor derecho*, Art. 1532 Alt. 1, 1533.2 LEC von 1881) vorgehen¹¹¹, wobei die Rechtsprechung die Eigentumsstellung des Vorbehaltsverkäufers später als eine besondere Verfügungsmacht über die Sache relativierte¹¹².

b) Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers

Im Fall der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers hing die rechtliche Position des Käufers entscheidend davon ab, ob er bereits das Eigentum an der Sache aufgrund der Übergabe erlangt hatte oder nicht. Denn auch im spanischen Recht erfordert die Übereignung der Sache deren Übergabe. Die dingliche Einigung allein ist nicht ausreichend¹¹³. Anders als nach dem deutschen Abstraktionsprinzip richtet sich nämlich der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang im spanischen Recht nach dem römisch-rechtlichen Prinzip des *titulus* und *modus* (*título y modo*)¹¹⁴, worauf im 5. Kapitel B.I.1. noch ausführlich eingegangen wird.

War der Käufer aufgrund der Übergabe (*traditio*¹¹⁵ als *modo*) bereits Eigentümer geworden, war er in der Insolvenz des Verkäufers zur Aussonderung der Sache berechtigt¹¹⁶. Kam es jedoch vor der Übergabe zur Insolvenz des Verkäufers, d.h. bevor der Käufer Eigentümer der unbeweglichen Sachen geworden war, erwies sich die rechtliche Situation als schwieriger¹¹⁷. Dem vorleistenden Käufer stand dann nur eine Konkursforderung zu. Obligatorische Rechte waren nach der alten Rechtslage nicht geschützt, weshalb der Käufer im Fall der Insolvenz des Verkäufers vor der Übergabe keine Möglichkeit mehr hatte, Eigentümer zu werden. Der Käufer, der den Kaufpreis bereits teilweise gezahlt hatte, um den Eigentumserwerb an der Sache herbeizuführen, stand in einem Interessenkonflikt mit den anderen Gläubigern des Ver-

¹¹⁰ *Sagrera Tizón*, Comentarios a la Ley des Suspensión de Pagos, Bd. III, S. 544 ff.

¹¹¹ SSTs 12.7.1996 (ARJ 1996, 5886), 7.10.1995 (ARJ 1995, 7025), 18.12.1990 (ARJ 1990, 10283, S. 13176), 10.5.1990 (ARJ, 3699.), 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778) und 11.4.1988 (ARJ 1988, 3120), implizit in der Entscheidung 22.6.1992 (ARJ 1992, 5459).

¹¹² STS 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450).

¹¹³ *Martínez*, NZI 2004, S. 72, 77, die hierbei auch auf die Unterschiede zwischen den Systemen, die dem *Traditionsprinzip* (wie das spanische und das deutsche Recht) folgen und den Systemen, die das Vertragsprinzip anerkennen (wie das französische Recht) hinweist. So ist der Käufer nach französischem Recht schon Eigentümer, wenn die Parteien einen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Kommt es zur Insolvenz des Verkäufers, steht dem Käufer ein Aussonderungsrecht zu.

¹¹⁴ *Velencoso Martínez*, NZI 2004, S. 72, 73; *Schröder*, INF 2000, S. 93, 96; *Lobato García-Mijan*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 31.

¹¹⁵ Unter „*traditio*“ ist die Erfüllung der Pflicht des Verkäufers zu verstehen, die Sache zu übergeben. Vgl. hierzu vor allem *Martínez*, NZI 2004, S. 72, 74 ff.

¹¹⁶ *Beltrán Sánchez*, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. I, S. 284 ff.

¹¹⁷ Dazu *García Villaverde*, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. I S. 313.

käufers, deren Interesse nur im Wert der Sache lag. Ein im deutschen Insolvenzrecht vorhandener Schutz für bestimmte Käufer (§ 107 InsO) fehlte im alten spanischen Recht, so dass der Käufer auf die Insolvenzquote verwiesen wurde¹¹⁸.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Abzahlungsgesetzes ließ der *Tribunal Supremo* auch die Drittwiderspruchsklage von Vorbehaltskäufern zu, die im Besitz der Sache waren, deren Kaufverträge aber nicht eingetragen waren¹¹⁹. Unabhängig von der vollständigen Erfüllung der Kaufpreisforderung konnte der Käufer mit einer Drittwiderspruchsklage vorgehen¹²⁰. In den Fällen, in denen die Rechtsprechung dem Vorbehaltskäufer diese Möglichkeit versagte¹²¹, war dies vornehmlich auf die Stellung des Käufers nach dem Gesetz über Sozialwohnungen zurückzuführen¹²².

II. Rückwirkung der Konkursöffnung (*retroacción*)

Nicht nur für Immobiliarsicherheiten, sondern auch für andere dingliche Sicherheiten ist entscheidend, dass sie rechtswirksam und konkursfest sind. Denn nur so können sie die mit ihrer Bestellung angestrebte Wirkung entfalten. Das alte spanische Insolvenzrecht hielt in dieser Hinsicht ein besonderes Rechtsinstitut – die *retroacción de la quiebra*¹²³ – bereit, das den Bestand dinglicher Sicherheiten, die einem Gläubiger vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vom Gemeinschuldner zur Sicherheit bestellt worden waren, gefährdete¹²⁴. Auch in den spanischen Konkursverfahren entsprach der Vermögensstand, der sich bei der Konkursöffnung im Besitz des Gemeinschuldners befand („Istmasse“), zumeist nicht der gesetzlich vorgesehenen „Sollmasse“. In der „Istmasse“ waren teilweise Gegenstände enthalten, die

¹¹⁸ Martínez, NZI 2004, S. 72, 76.

¹¹⁹ Seit STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778) ständige Rechtsprechung. Vgl. SSTS 30.5.1989 (ARJ 1989, 3900), 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450), 12.3.1993 (ARJ 1993, 1794), 23.2.1995 (ARJ 1995, 1701), 3.7.1996 (ARJ 1996, 3555).

¹²⁰ SSTS 3.7.1996 (ARJ 1996, 3555) und 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450); anders noch STS 11. 7.1983 (ARJ 1983, 4208).

¹²¹ STS 10.12.1991 (ARJ 1991, 8926), in der von einem „*acceso diferido a la propiedad*“ gesprochen wird. Vgl. hierzu auch Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 93 f.

¹²² *Real Decreto* vom 24. Juli 1968 (ARCL 1968 Nr. 1584).

¹²³ Allgemeine Literatur zur *retroacción* siehe Alcover Garau, La retroacción de la quiebra, Madrid 1996; Artacho Martín Lagos, Diario La Ley, Año XXIV (2003), S. 7 ff.; Bermejo Gutiérrez, RCDI 1997, S. 1409 ff.; Díaz Martínez, La Ley, 2002-V, D-225, S. 1816 ff.; Gutiérrez Gilsanz, La fecha de retroacción; Iglesias Mayoralgo, in: Hipotecas y seguridad jurídica; Jiménez Escárzaga, RDM 1958, S. 39 ff.; Martín Reyes, RJC 1975, S. 331 ff.; Sancho Gargallo, La retroacción de la quiebra; Wischounig, INF 2002, S. 144 ff.

¹²⁴ Zu Hypothek und *retroacción* vgl. Alcover Garau, Hipoteca inmobiliaria y retroacción de la quiebra (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997, Tribunales de Justicia, 1998 – 4), S. 387 ff.; Beltrán Sánchez, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Bd. III, S. 3479 ff.; García-Cruces, Quiebra y retroacción; Miralles Gómez RDM 1997, S. 589 ff.; Vila Florensa, in: Ferrer, Barriendos, Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal, Bd. II, S. 387 ff.

einem Aus- oder Absonderungsrecht unterlagen (*seperatio ex iure dominii* bzw. *seperatio ex iure crediti*), es konnten aber auch Vermögensgegenstände fehlen, die dem Gemeinschuldner gehörten. Darüber hinaus konnte der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung rechtsgeschäftlich über Vermögensgegenstände verfügt haben, die gleichwohl der Befriedigung aller Konkursgläubiger zu dienen bestimmt waren¹²⁵. Das alte spanische Konkursrecht ermöglichte die Aufstockung der Konkursmasse sowohl durch eine Anfechtung der Rechtsgeschäfte (Art. 879 – 882 CCom) als auch durch das Institut der *retroacción*.

Im Eröffnungsbeschluss wurde vom Konkursrichter ein Zeitpunkt festgesetzt, bis zu dem der Konkurs zurückwirkte. Alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die in der Zeit zwischen dem festgesetzten Zeitpunkt und der Stellung des Konkursantrages erfolgten, waren nach Art. 878 Abs. 2 CCom absolut nichtig¹²⁶. Das Rechtsinstitut der *retroacción* basierte auf dem Gedanken, dass der gerichtlich erklärten Insolvenz in der Regel eine faktische Insolvenz vorausging. Es erschien daher angebracht, dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung bereits ab Eintritt dieser faktischen Insolvenz Rechnung zu tragen und zwar mit allen Konsequenzen¹²⁷. Nach konkurswirtschaftlichen Gesichtspunkten trugen die Anfechtungsrechte und die Rückwirkung der Konkursöffnung zwar zur Durchsetzung der *par conditio creditorum* und der Haftungsverwirklichung bei. Sie standen jedoch auch zwangsläufig in einem diametralen Verhältnis zum Vertrauensschutzinteresse der von der *retroacción* betroffenen Gläubiger. Bei der Abwägung dieser beiden Positionen hatte sich der spanische Gesetzgeber offensichtlich von den Interessen der Konkursgläubiger an der Realisierung der *par conditio creditorum* leiten lassen. In diesem Zusammenhang erscheint bemerkenswert, dass die gesetzliche Einführung der *retroacción* im spanischen Recht auf dem französischen *Code de Commerce* von 1807 beruht¹²⁸. In Frankreich aber wurde die Rückwirkung bereits 1838 aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Verkehrsschutz abgeschafft¹²⁹.

¹²⁵ Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 57.

¹²⁶ Die ständige Rechtsprechung sprach sich für die absolute Nichtigkeit aus, ausgehend von STS 17.3.1958 (ARJ 1958, 1436), später etwa STS 22.5.2000 (ARJ 2000, 3938) und 8.2.2001, die die herrschende Meinung aufgreift. Dagegen entschied sich der STS nur vereinzelt, so in STS 20.9.1993 (ARJ 1993, 6647), vgl. zu dieser Entscheidung und älteren Rechtsprechung auch Delgado Echeverría, AC 1993, S. 2489 ff. Zur Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* allgemein auch Martín Reyes, La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹²⁷ So u.a. Ramírez, La quiebra, Bd. II, S. 347; Rojo-Fernández-Rio, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. IV, S. 5746.

¹²⁸ Zum Einfluss des *Code de Commerce* von 1807 auf das spanische Insolvenzrecht vgl. Rojo Fernández-Rio, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. IV, S. 5746, 5747 und noch ausführlicher in dem Aufsatz in: RDM 1979, S. 37, 46 ff.

¹²⁹ Gordillo Cañas, AC 2003 – II, S. 415, 419.

Das Rechtsinstitut der *retroacción* war auf den Kaufmannskonkurs (*quiebra*) beschränkt. Daher gab es keine absolute Rückwirkung in einem Zahlungseinstellungsverfahren¹³⁰. Selbst im Fall einer späteren endgültigen Insolvenz verwies Art. 21 LSP ausdrücklich nur auf die Anfechtungsvorschriften der Art. 879 – 882 CCom und nicht auch auf Art. 878 Abs. 2 CCom, (*retroacción*). Dies hatte insbesondere in der Insolvenzpraxis weit reichende Folgen. Denn das Verfahren der *suspensión de pagos* entwickelte sich, anders als vom Gesetzgeber gedacht, zunächst zum typischen und in der Praxis meist verbreiteten Insolvenzverfahren. Tätigten Dritte vor Eröffnung der Zahlungseinstellung, aber im Zeitraum der wirtschaftlichen Krise, mit dem späteren Insolvenzschuldner Rechtsgeschäfte, so war deren Rechtsstellung wesentlich sicherer als im Fall einer *quiebra*, da die *retroacción* nicht zur Anwendung kam. Allein eine nur eng begrenzt mögliche Konkursanfechtung vermochte daher, den Dritten die einmal erlangte Rechtsposition zu entziehen¹³¹.

Dem Konkursrichter war bei der Festsetzung des Zeitpunktes, bis zu dem die Konkurs-eröffnung zurückwirken sollte, keine Grenze vorgegeben. Die Entscheidung hierüber lag somit im Ermessen des Konkursrichters¹³², der hierfür den Tag heranzog, an dem der Gemeinschuldner die Zahlung seiner laufenden Verpflichtungen eingestellt hatte¹³³ (Art. 878 Abs. 2 CCom und Art. 1024 CCom von 1829). In der Praxis konnten die Zeiträume der Rückwirkung stark differieren, sie reichten von drei¹³⁴ bis hin zu 25¹³⁵ oder gar 29¹³⁶ Monaten vor der Konkurs-eröffnung. Alle in diesem Zeitraum vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners waren absolut nichtig, d.h. gegenüber jedermann¹³⁷. Eine andere Auffassung¹³⁸ hält hingegen nicht alle, sondern nur die für die Masse nachteiligen Rechtsgeschäfte für nichtig. Dies ergebe sich aus der systematischen Auslegung des Art. 878 Abs. 2 CCom. Da eine

¹³⁰ *Sagrera Tizón*, Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, Bd. IV, S. 556.

¹³¹ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 58.

¹³² *Rojo-Fernández-Rio*, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. IV, S. 5746.

¹³³ *Beltrán Sánchez*, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor *Aurelio Menéndez Menéndez*, Bd. III, S. 3479, 3429; *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1979, S. 37, 74 f.; *Majada*, Practica concursal, S. 738 ff; *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 58.

¹³⁴ So z.B. die Fälle, die den Urteilen des TS 1.2.1974 (ARJ 1974, 433) oder 15.9.1987 (ARJ 1987, 6049) zugrunde lagen.

¹³⁵ STS 19.12.1991 (ARJ 1991, 9405).

¹³⁶ STS 22.3.1985 (ARJ 1985, 1198).

¹³⁷ So SSTS 28.1.1985 (ARJ 1985, 203), 22.3.1985 (ARJ 1985, 1198), 15.9.1987 (ARJ 1987, 6039), 15.11.1991 (ARJ 1991, 8406), 19.12.1991 (ARJ 1991, 9405). Aus der Literatur z.B. *Garrigues*, Curso de derecho mercantil, Bd. II, S. 430; *Manzana Laguarda*, Doc. Jurídica Num. 29 – 32, S. 311, 324; *Massaguer Fuentes*, La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, S. 35 f.; *Ramírez*, La quiebra, Bd. II, S. 410.

¹³⁸ So u.a. *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1979, S. 37, 71; *García García*, RCDI 1992, S. 1362; sowie einige Urteile des TS, u.a. SSTS 28.5.1960 (ARJ 1960, 2026), 11.12.1965 (ARJ 1965, 5612). Eine noch andere Ansicht hält die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für lediglich anfechtbar, so *Fínez Ratón*, Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales, S. 90, Fn. 28; *Iglesias Mayoralgo*, in: Hipotecas y seguridad jurídica, S. 239, 245 ff.; *Jiménez Escarzaga*, RDM 1958, S. 77.

gesetzliche Vermutung für die Nachteiligkeit aller während der Zeit der Rückwirkung vorgenommenen Rechtsgeschäfte sprechen würde, sollten die Konkursverwalter indes keinen Nachweis über den Nachteil erbringen müssen¹³⁹.

Die durch die *retroacción* ausgelöste Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hatte zur Folge, dass der Vertragspartner des Gemeinschuldners das durch das Rechtsgeschäft Erlangte herausgeben musste. Im Rahmen der Rückabwicklung erhielt der Vertragspartner seinerseits nach der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*¹⁴⁰ aber nur eine einfache Konkursforderung¹⁴¹. Ob der Vertragspartner bei Abschluss des Rechtsgeschäfts Kenntnis von den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des künftigen Konkurschuldners hatte, sollte nach einer Entscheidung des *Tribunal Supremo*¹⁴² für die Anwendung des Art. 878 Abs. 2 CCom keinerlei Bedeutung haben, was auf entsprechende Kritik stieß¹⁴³. In einer späteren Entscheidung hat das Gericht eine restriktive Auslegung des Art. 878 Abs. 2 CCom zumindest angedeutet¹⁴⁴.

Auch der gutgläubige Erwerb Dritter im Rahmen der *retroacción* wurde von der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* unterschiedlich beurteilt. Zumeist wurde davon ausgegangen, dass die Nichtigkeit des ersten Geschäfts auf den gutgläubigen Erwerb Dritter durchschlage¹⁴⁵. Dies fand in der Literatur kaum Widerhall¹⁴⁶. Vereinzelt kam es aber auch zu Entscheidungen, die die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb für anwendbar hielten¹⁴⁷.

Dies alles macht deutlich, dass das Rechtsinstitut der *retroacción de la quiebra* ein erhebliches Problem darstellte. Hinsichtlich seiner Auslegung und Anwendung bestand Rechtsunsicherheit.

¹³⁹ So u.a. *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1979, S. 37, 71; *García García*, RDCI 1992, S. 1362; sowie einige Urteile des TS, u.a. 28.5.1960 (ARJ 1960, 2026), 11.12.1965 (ARJ 1965, 5612).

¹⁴⁰ Urteile des TS 14.11.1960 (ARJ 1960, 3476), 7.7.1973 (RDM 1974, S. 157 ff.), 26.3.1974 (ARJ 1974, 1128).

¹⁴¹ A.A. *Martín Reyes*, RJC 1975, S. 331, 337 ff.; *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1979, S. 37, 78 f.; *Vicent Chulía*, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 883, die meinen, durch die von der Rechtsprechung vorgenommene Behandlung der Gegenleistung würde die Konkursmasse ungerechtfertigt bereichert.

¹⁴² Urteil des TS 15.11.1991 (ARJ 1991, 8406).

¹⁴³ *García García*, RDCI 1992, S. 1362.

¹⁴⁴ Urteil des TS 12.3.1993 (ARJ 1993, 1793). Das Gericht hat hierbei ausgeführt, dass eine Verfügung des späteren Gemeinschuldners in der Zeit der Rückwirkung unter Umständen keine Nichtigkeit nach sich ziehe, wenn der Erwerber zuvor keinerlei Verbindung zum Gemeinschuldner hatte und die Verfügung nicht in Gläubigerschädigungsabsicht erfolgte.

¹⁴⁵ Selbst der gute Glaube des Grundbuchs oder vergleichbarer Register sollte keinen Schutz vor den Nichtigkeitsfolgen bieten. Nicht einmal der Buheigentümer, der das Grundstück von dem Gemeinschuldner im Zeitraum der *retroacción* erworben hatte, sollte einem gutgläubigen, in das Grundbuch eingetragenen Erwerber eine konkursfeste Rechtsposition übertragen können, TS 17.3.1958 (ARJ 1958, 1436).

¹⁴⁶ Vgl. etwa *Manzana Laguarda*, Doc. Jur., Núm. 29 – 32, S. 311, 326; *Massaguer Fuentes*, La reintegración de la masa en los procedimientos procesales, S. 86 ff.; *Rojo Fernández-Rio*, RDM 1979, S. 37, 80 f.; *Vicent Chulía*, Compendio crítico de derecho mercantil, Bd. II, S. 883 f.

¹⁴⁷ Urteile des TS 31.5.1960 (ARJ 1960, 2067), 1.2.1974 (ARJ 1974, 433). Vgl. hierzu auch *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 59, 60.

cherheit¹⁴⁸, und auch die Verkehrssicherheit war insbesondere im registerrechtlichen Bereich stark gefährdet¹⁴⁹. Denn im Grundstücksverkehr dient das Grundbuch der Erhaltung dieser Sicherheit¹⁵⁰, weshalb sich die *retroacción* als Ausnahme vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs dort besonders negativ auswirkte.

C. Frühere Reformversuche

I. Einleitung

Bis zu der im Jahr 2004 umgesetzten Insolvenzrechtsreform vermochte der spanische Gesetzgeber nicht, die unter gravierenden Mängeln leidende alte Rechtslage zu ändern. Trotz der frühen Reform des Handelsgesetzbuchs von 1885 durch das Gesetz vom 10. Juni 1897 und der sehr wichtigen Reform durch das Gesetz der Zahlungseinstellung von 1922 erfolgten Gesetzesänderungen nur sehr eingeschränkt und begrenzt. Statt das Konkursystem zu verbessern, trug dies aber nur dazu bei, das System vollends aus den Fugen geraten zu lassen. Die Vorschriften mit Spezial- und Ausnahmecharakter nahmen zu, Vorzugsrechte wurden eingeführt und die Rangfolge der Gläubiger verändert, was nicht immer gerechtfertigt erschien¹⁵¹. Auf dem Weg zur Konkursrechtsreform fehlte es jedoch nicht an hervorragenden Arbeiten, die der heutigen Gesetzgebung vorausgingen¹⁵². Kraft der königlichen Verordnung vom 10. Juni 1926 erarbeitete bereits der beratende Gesetzgebungsausschuss des Justizministeriums (*Comisión General de Codificación*) einen Entwurf zum Handelsgesetzbuch, der im Amtsblatt von Madrid am 15. Oktober 1929 bekannt gegeben wurde. Dieser Entwurf orientierte sich an einer genauen Unterscheidung der Voraussetzungen des Konkurses und der Zahlungseinstellung¹⁵³. Im Folgenden werden die einzelnen späteren Reformversuche und Entwürfe kurz dargestellt.

¹⁴⁸ Vgl. etwa die neueren Entscheidungen des TS 14.2.2002, 23.4.2002 und 5.6.2002. In der Entscheidung vom 23.4. gibt das Gericht die hierbei bestehenden Unsicherheiten und Zweifel sogar offen zu. Zur älteren Rechtsprechung vgl. *Delgado Echeverría*, AC 1993, S. 2489 ff.

¹⁴⁹ Ausführlich zur Rechtsunsicherheit und zur Gefährdung der Verkehrssicherheit durch die *retroacción*: *Gordillo Cañas*, AC 2003 – II, S. 413, 414 ff.

¹⁵⁰ *Gordillo Cañas*, AC 2003 – II, S. 413, 414.

¹⁵¹ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

¹⁵² Ein kurzer Überblick zu den verschiedenen Reformversuchen findet sich auch bei *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1427.

¹⁵³ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

II. Gesetzesentwurf des Instituts für politische Studien von 1959

Die spanische Regierung beauftragte die Rechtsabteilung des Instituts für Politische Studien 1953 mit der Erarbeitung eines Vorentwurfs zu einer Reform des Insolvenzrechts¹⁵⁴. Kurz nachdem die Arbeiten hierzu begonnen hatten, kam es zum Konkurs der *Barcelona Traction, Light & Power* (BT)¹⁵⁵. Dies hatte schwerwiegende Folgen für die Weiterentwicklung und Erarbeitung der Insolvenzrechtsreform in Spanien. Denn der Konkurs des besagten Unternehmens führte zu einem Rechtsstreit zwischen Spanien und Belgien vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag. In der Rechtsabteilung des Instituts für Politische Studien kam es daraufhin zu einer Spaltung der Juristen in zwei „Lager“¹⁵⁶. Diese Entwicklung behinderte die Erarbeitung der Reform. Der Vorentwurf (*Anteproyecto de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos*) wurde daher erst im Jahr 1959 beendet¹⁵⁷. Eine amtliche Bekanntmachung erfolgte aufgrund des noch anhängigen Verfahrens der BT nicht. Inhaltlich war in dem Vorentwurf erstmals eine zusammenhängende materiell- und prozessrechtliche Regelung der Konkursrechtsinstitute für Kaufleute und Nichtkaufleute vorgesehen. Die Zweigeteiltetheit der Verfahren wurde jedoch beibehalten, da die verschiedenen objektiven Voraussetzungen die jeweiligen Lösungsmöglichkeiten, also Liquidation und Vergleich, vorgaben¹⁵⁸.

III. Gesetzesentwurf des Justizministeriums vom 27. Juni 1983

1. Konkursverfahren

Der vom beratenden Gesetzgebungsausschuss beim Justizministerium¹⁵⁹ gemäß der Bestimmungen der Ministerialverordnung vom 17. Mai 1978 erarbeitete Vorentwurf (*Anteproyecto de la Comisión General de Codificación*), der am 27. Juni 1983¹⁶⁰ bekannt gegeben wurde,

¹⁵⁴ Olivencia Ruiz, RCP 2004, S. 19, 22.

¹⁵⁵ Zu diesem Fall siehe Uria, La quiebra de Barcelona Traction; Garrigues, Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power, Co. Ltd..

¹⁵⁶ Es bildete sich eine Gruppe von „jungen Juristen“, die von Prof. Joaquín Garrigues angeführt wurde. Vgl. hierzu Jiménez Sánchez, in: Garrigues, Jurista y Universitario ejemplar, S. 50 f., 145 ff. Die durch den Fall der BT hervorgerufene Konfrontation ist auch bei Menéndez Menéndez, Sobre la moderna escuela española de Derecho Mercantil, S. 42 ff. dargestellt.

¹⁵⁷ Das *Anteproyecto* von 1959 hat allerdings keine breite Diskussion hervorgerufen, wie dies für einen solchen Entwurf eigentlich angemessen gewesen wäre. Es findet sich daher kaum Literatur hierzu: Vacas Medina, RJC 1959, S. 615 ff. und sehr kritisch Torres de Cruelles, RJC 1959, S. 747 ff.

¹⁵⁸ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

¹⁵⁹ Die *Comisión General de Codificación* ist eine permanente Institution beim spanischen Justizministerium zur Vorbereitung von Gesetzesentwürfen, vgl. Arnold, ZIP 1985, 321, 330.

¹⁶⁰ *Ministerio de Justicia*, Anteproyecto de Ley Concursal, Madrid 1983. Vgl. dazu auch Arnold, ZIP 1985, S. 330. Literaturnachweise bei Vicent Chuliá, Compendio Crítico de Dercho Mercantil, Bd. II, S. 871 f.

sah eine grundlegende und umfassende Reform vor¹⁶¹. Er basierte auf den Prinzipien der gesetzlichen Einheit des materiellen und formellen Rechts, einer Ordnung für Kaufleute und Nichtkaufleute und des Systems eines einzigen flexiblen Verfahrens, das verschiedene Lösungen wie Vergleich, Liquidation und kontrollierte Verwaltung vorsah¹⁶². Das bislang gültige spanische Insolvenzrecht hatte als Hauptziel des Konkursverfahrens die Gläubigerbefriedigung vor Augen. Ziel der Vorschriften des „*Anteproyecto de Ley Concursal*“ (ALC) war dagegen, das Vermögen des Gemeinschuldners möglichst als Gesamtheit zu erhalten¹⁶³. Der Begriff der „wirtschaftlichen Krise“ (*situación de crisis económica*) sollte im Interesse eines möglichst flexiblen und effektiven Insolvenzverfahrens die Konkursgründe der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit ersetzen. Einen Gewinn an Effizienz versprach man sich durch die Beschränkung auf ein einziges Insolvenzverfahren. Die traditionelle Trennung von Kaufmanns- und Nichtkaufmannsinsolvenz bzw. von Vergleichs- und Konkursverfahren wurde im Entwurf des ALC aufgegeben. Die Gleichbehandlung aller Gläubiger sollte durch eine Reduzierung der konkursrechtlichen Vorzugsrechte erreicht werden¹⁶⁴.

2. Vorzugsrechte nach dem ALC

Bei der Diskussion um eine Insolvenzrechtsreform hat sich ebenso die Frage nach einer Reform der Vorzugsrechte gestellt. In der Begründung des ALC von 1983 wurde sie eingehend erörtert. Auf den Widerstand breiter Wirtschaftskreise traf die dort formulierte Ansicht, dass viele der historisch gewachsenen Vorrechte heutzutage keine Berechtigung mehr hätten¹⁶⁵. Eine drastische Beschränkung der Rechte auf vorzugsweise Befriedigung sei aus Gründen der Umsetzung des Prinzips der Gläubigergleichbehandlung erforderlich¹⁶⁶. Art. 283 ff. des ALC enthielten daher auch ein eingeschränktes System von bevorrechtigten Forderungen. Unterschieden wurde zwischen vorab aus der Masse zu befriedigenden Forderungen (Art. 283

¹⁶¹ Die Literatur zum *Anteproyecto de Ley Concursal* von 1983 ist sehr umfangreich. Vgl. insbesondere Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, RFDUC 1985, hier vor allem: *García Villaverde*, S. 189 ff.; *Girón Tena*, S. 7 ff. und S. 133 ff.; *Gondra Romero*, S. 145 ff.; *Olivencia Ruiz*, S. 29 ff.; *Rojo Fernández-Rio*, S. 89 ff.; *Vacas Medina*, S. 47 ff.; *Verdera y Tuells*, S. 179 ff. Weiterhin in: *Consejo General de Colegios de Economistas de España*, Crisis económica y Derecho concursal, dort vor allem: *Casals Colldecarrera*, S. 213 ff.; *Chillon Loaste*, S. 199 ff.; *Piñel Lopez*, S. 155 ff.; *Portillo Sanz*, S. 127 ff.; *Sánchez de Miguel*, S. 111 ff. Andere Beiträge zu diesem Entwurf: *Díez-Picazo*, in: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, S. 293 ff.; *Vicent Chuliá*, RJC 1978, S. 919 ff.; *ders.*, RJC 1979, S. 669 ff.; *Pérez Gordo*, RJC 1981, S. 845 ff.; *Rojo Fernández-Rio*, Crisis de la empresa y procedimientos concursales, AAMN, Bd. XXIV (1981), S. 251 ff.

¹⁶² Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

¹⁶³ *Anteproyecto de Ley Concursal* vom 27. Juni 1983, Begründung (*Exposición de Motivos*) II, S. 9 f.

¹⁶⁴ *Anteproyecto de Ley Concursal* vom 27. Juni 1983, Begründung V, S. 13.

¹⁶⁵ Zur Diskussion um die Reform der Vorrangrechte siehe *Rojo Fernández-Rio*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, RFDUC 1985, S. 89, 107 f.; sowie *Vicent Chuliá*, Compendio crítico de dercho mercantil, Bd. II, S. 899.

¹⁶⁶ *Anteproyecto de Ley Concursal* vom 27. Juni 1983, Begründung V, S. 13.

ALC)¹⁶⁷ und Forderungen mit einem Spezial- bzw. einem Generalvorrecht. Grundsätzlich wurden die vorab zu befriedigenden Forderungen mit dem Teil der Konkursmasse beglichen, auf dem keine dinglichen Sicherungsrechte lasteten (Art. 284 Abs. 1 ALC). War dies nicht ausreichend, wurden die Unterhaltsverpflichtungen des Gemeinschuldners sowie die Gehaltsforderungen der letzten sechs Monate auch aus den dinglich belasteten Gegenständen befriedigt (Art. 284 Abs. 2 ALC). Nach Art. 287 ALC sollten nur noch Steuerforderungen des letzten Jahres, soweit sie eine bestimmte Sache unmittelbar betrafen, und dingliche Sicherungsrechte Spezialvorrechte genießen. Die übrigen Steuerforderungen, Sozialversicherungsbeiträge und Arbeitnehmerforderungen, soweit sie nicht bereits unter Art. 283 ALC fielen, sollten ein Generalvorrecht erhalten. Alle anderen Forderungen waren einfache Konkursforderungen¹⁶⁸.

3. Stellung dinglich gesicherter Gläubiger nach dem ALC

Auf scharfe Kritik der Kreditwirtschaft stieß eine Regelung des ALC, nach der alle dinglich gesicherten Gläubiger als Konkursgläubiger behandelt werden sollten (Art. 161 ALC)¹⁶⁹. Die Verwertung des Sicherungsgutes sollte stets innerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgen (Art. 287 ALC), so dass eine abgesonderte Befriedigung ausgeschossen war. Begründet wurde dies mit dem Interesse am Erhalt des Schuldnervermögens oder zumindest dessen möglichst optimaler Verwertung. Den Inhabern dinglicher Sicherheiten wurde lediglich die Stellung bevorzugter Insolvenzgläubiger zugewillt. Einzig die Verzinsung dinglich gesicherten Forderungen sollte auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortbestehen (Art. 291 ALC), was sie von den einfachen Konkursforderungen abgrenzte¹⁷⁰.

4. Retroacción nach dem ALC

Spaniens Literatur und Rechtsprechung befürworteten seit langem die Änderung der *retroacción* insbesondere die Abschwächung ihrer absoluten Wirkung. Die spanische *retroacción* hatte zwar den Vorteil, dass Beweisschwierigkeiten ihre Effizienz nicht beeinträchtigen konnten, was andererseits mit einem Verlust an Rechtssicherheit teuer bezahlt wurde. Der Vorentwurf des ALC sah eine erhebliche Umgestaltung des gesamten Systems der Auffüllung der

¹⁶⁷ Die nach Art. 283 ALC vorab aus der Masse zu befriedigenden Forderungen waren etwa Unterhaltsverpflichtungen des Gemeinschuldners sowie Beerdigungskosten; Gerichtskosten; sonstige Verfahrenskosten; Gehaltsforderungen der letzten sechs Monate; Forderungen aufgrund zweiseitiger, noch nicht erfüllter Verträge, deren Erfüllung im Insolvenzverfahren beschlossen worden war, und Masseschulden.

¹⁶⁸ Hundertmark, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht*, S. 52, 53.

¹⁶⁹ Nachweise bei Rojo Fernández-Rio, in: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, RFDUC 1985, 108, Fn. 17.

¹⁷⁰ Hundertmark, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht*, S. 56.

Konkursmasse vor¹⁷¹. Beibehalten wurde zwar der vom Konkursrichter festzusetzende Zeitpunkt, auf den die Konkursöffnung zurückwirkte. Es wurde jedoch eine zeitliche Begrenzung der *retroacción* eingeführt. Der Zeitpunkt durfte nicht mehr als zwei Jahre zurückliegen (Art. 182 ALC). Neben der zeitlichen Komponente wurde das Prinzip der absoluten und automatischen Nichtigkeit aufgegeben und durch ein System von nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäften ersetzt. Nichtig waren daher unentgeltliche Rechtsgeschäfte, aber keine Schenkungen, wenn sie den Lebensumständen des Gemeinschuldners entsprachen (Art. 186 ALC). Anfechtbar waren dagegen alle übrigen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wenn sie Gläubiger benachteiligende Wirkung hatten (Art. 189 ALC)¹⁷². Bei verschiedenen Rechtsgeschäften wurde die Benachteiligung der Konkursgläubiger gesetzlich vermutet (Art. 190 ALC), so bei Zahlungen des Gemeinschuldners auf Forderungen, die noch nicht fällig waren (Art. 190 Nr. 1 ALC) sowie bei der Bestellung und Erweiterung von dinglichen Sicherungsrechten für noch nicht fällige Forderungen (Art. 190 Nr. 3 ALC). Für die Anfechtbarkeit nach dem ALC war nicht entscheidend, ob der andere Teil bei Vornahme des Rechtsgeschäfts davon Kenntnis hatte, dass sich der spätere Gemeinschuldner in einer wirtschaftlichen Krisensituation befand. Geschäfte des täglichen Lebens zählten nicht zu den anfechtbaren Rechtsgeschäften (Art. 191 ALC)¹⁷³.

IV. Gesetzesentwurf von Prof. Ángel Rojo Fernández-Rio vom 12. Dezember 1995

Der spanische Minister für Justiz und Inneres¹⁷⁴ teilte dem Ausschuss für Handelsrecht des beratenden Gesetzgebungsausschusses des Justizministeriums am 23. Juni 1994 die Grundkriterien für die Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs zum Konkursrecht mit¹⁷⁵. Der Ausschuss für Handelsrecht beauftragte daraufhin sein ständiges Mitglied Professor Ángel Rojo Fernández-Rio¹⁷⁶, der bereits bei der Erarbeitung des *Anteproyecto de Ley Concursal* von 1983 mit-

¹⁷¹ Im einzelnen *Massaguer Fuentes*, La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, S. 101 ff.

¹⁷² Bei allen entgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners, die keine Geschäfte des täglichen Lebens waren, richtete sich die Anfechtbarkeit nach dem erlangten Wert der Gegenleistung. Betrug dieser nicht wenigstens die Hälfte des üblichen Marktpreises war das Rechtsgeschäft anfechtbar, außer es zeitigte nachweislich keine Gläubiger benachteiligende Wirkung (Art. 192 ALC).

¹⁷³ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren nach spanischem Recht, S. 60, 61.

¹⁷⁴ Zu diesem Zeitpunkt bekleidete *Juan-Antonio Belloch* den Ministerposten für Justiz und Inneres.

¹⁷⁵ Diese Grundkriterien sind zusammen mit dem Text des Entwurfes im Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Materiales para la reforma de la legislación concursal, Beilage zu Nr. 1768, v. 15. Februar 1996, S. 913 ff. nachzulesen.

¹⁷⁶ *Rojo Fernández-Rio* hatte sich mit dieser Problematik bereits umfassend auseinandergesetzt. Vgl. etwa seine Beiträge: RDM 1975, S. 509 ff.; *ders.*, RDM 1979, S. 37 ff.; *ders.*, AAMN, XXIV, 1981, S. 253 ff.; *ders.*, AAVV, La reforma del Derecho de quiebra, S. 122 ff.; *ders.*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S. 89 ff.

gewirkt hatte, mit der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs zum Konkursrecht¹⁷⁷. Am 12. Dezember 1995 übergab er dem Ministerium die *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal*¹⁷⁸, die am 15. Februar 1996 veröffentlicht wurde¹⁷⁹.

1. Einheit und Dualität der Verfahren

Die *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal*¹⁸⁰ (PALC) beschränkte sich nicht auf eine bloße technische Bearbeitung des ALC von 1983. Die zwischenzeitlich erfolgten theoretischen und gesetzgeberischen Entwicklungen wurden berücksichtigt und auch die veränderten Vorstellungen bezüglich eines Konkursverfahrens aufgegriffen und weiterentwickelt. An den großen Errungenschaften des ALC von 1983 wurde festgehalten. Wie auch schon beim ALC von 1983 wurde daher etwa die Trennung von Kaufmanns- und Nichtkaufmannsinsolvenz aufgegeben und nur ein Verfahren in dieser Hinsicht geschaffen sowie das konkursrechtliche Institut der *retroacción* unter Einführung von Anfechtungsregeln abgeschafft (Art. 90 bis 99 PALC). Das wesentliche Ziel des Gesetzesentwurfs von 1995 war die Befriedigung der Gläubiger, was die Möglichkeit, Vergleiche zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens abzuschließen, nicht ausschloss. Die „*Propuesta*“ basierte auf diesen fundamentalen Prinzipien, so dass sie eine Balance zwischen den klassischen und den modernen Konkursrechtskonzeptionen herstellen konnte¹⁸¹.

Die Grundkriterien des Justizministeriums¹⁸² für die Erarbeitung der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* gaben die Struktur des Gesetzesentwurfs vor: Die Vereinheitlichung der subjektiven Voraussetzung, also keine Trennung nach Kaufmann und Nichtkaufmann, und die Dualität der Verfahren, d.h. Konkurs der Gläubiger (*concurso de acreedores*) und Zahlungseinstellung (*suspensión de pagos*), die nach objektiven Voraussetzungen unterschieden werden sollten.

¹⁷⁷ Der Verfasser des Gesetzesentwurfes – Prof. Ángel Rojo Fernández-Rio – wurde gemäß der Ministerialverordnung (*Orden ministerial*) vom 30. September 1994 hierzu ernannt.

¹⁷⁸ Garrido, RDBB 1996, S. 889, 892 f.; Rojo Fernández-Rio, La reforma del Derecho Concursal español, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 89.

¹⁷⁹ Die *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* wurde im Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Materiales para la reforma de la legislación concursal, Beilage zu Nr. 1768, v. 15. Februar 1996, S. 917 ff. veröffentlicht. Die dazugehörige *Propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Código Penal* sind ebenfalls dort auf S. 1007 ff. abgedruckt.

¹⁸⁰ Die Literatur zu der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* ist relativ umfangreich. Vgl. etwa Beltrán Sánchez, AJA 1996, S. 1 ff.; ders., in: Espina, La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica, S. 309 ff., Garrido, RDBB 1996, S. 889 ff.; Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87 ff.

¹⁸¹ Begründung des Gesetzesentwurfes Nr. 2 (*Exposición de Motivos*); vgl. auch Garrido, RDBB 1996, S. 889, 894.

¹⁸² Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Materiales para la reforma de la legislación concursal, Beilage zu Nr. 1768, v. 15. Februar 1996, S. 913.

Das Konkursverfahren (*concurso de acreedores*) bestach durch seine Flexibilität hinsichtlich der Lösungsmöglichkeiten und seiner Schnelligkeit. Tatsächlich konnten in diesem Konkursverfahren fast alle denkbaren Vergleichsinhalte zwischen Gläubigern und Schuldner realisiert werden, unabhängig von der Qualifizierung des schuldnerischen Verhaltens (Art. 161 ff. PALC). Sollte ein Vergleich nicht erzielt werden, sah der Entwurf verschiedene Möglichkeiten vor, zur Liquidation des schuldnerischen Vermögens überzugehen (Art. 179 ff. PALC). Die Beschleunigung des Konkursverfahrens verlangte zudem die Spezialisierung der Konkursrichter und der Konkursorgane. Da das schnelle Erreichen einer Lösung des Konkurses nicht nur für den Erfolg eines Verfahrens von Bedeutung ist, sondern auch für das Einsparen von Kosten, sah der Gesetzesentwurf entsprechende Normen vor. Das Konkursverfahren präsentierte sich in dem Entwurf als Verfahren, das für die Mehrzahl der wirtschaftlichen und finanziellen Krisensituationen geeignet und bestimmt war. Unter Wahrung der Einheit des Verfahrens konnte der Konkurs an die unterschiedlichen Situationen des Schuldners angepasst werden¹⁸³.

Als weniger bedeutsames Verfahren sah der Gesetzesentwurf das Zahlungseinstellungsverfahren (*suspensión de pagos*) vor, das sich von dem Verfahren nach altem Recht deutlich unterschied¹⁸⁴. Das hier geregelte Zahlungseinstellungsverfahren war als Präventivverfahren konzipiert. Das zum großen Teil außergerichtliche Verfahren sollte Situationen vorhersehbarer Zahlungsunfähigkeit schnellstmöglich lösen und dadurch helfen, drohende Insolvenzen nicht nur frühzeitig zu erkennen, sondern auch abzuwenden. Das Zahlungseinstellungsverfahren konnte hierbei nur von wenigen Schuldnern in Anspruch genommen werden, da die materiellrechtlichen Voraussetzungen und die geforderte dokumentarische Aufbereitung schwer zu erfüllen waren (Art. 270 ff. PALC)¹⁸⁵.

2. Rangfolge der Forderungen

Selbstverständlich bedurfte ein neues Konkursrecht auch einer Neuordnung der Gläubigergruppen und Privilegien, wie das bereits im ALC von 1983 angestrebt worden war. Das Rangfolgesystem der Forderungen des ALC krankte aber noch an einer exzessiven Komplexität und sah eine Vielzahl von Kategorien von Vorzugsrechten und Forderungen gegen die Masse vor. Durch die übermäßige Zunahme der Forderungen gegen die Masse wurde riskiert, dass die Konkursgläubiger letztlich nicht befriedigt werden konnten. Aus diesem Grund wurden die Gläubigergruppen in der „*Propuesta*“ einer gewissenhafte Überprüfung unterzogen, wo-

¹⁸³ Garrido, RDBB 1996, S. 889, 894.

¹⁸⁴ Rojo Fernández-Rio, in: ders., La reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 110 ff.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu Garrido, RDBB 1996, S. 889, 894, 895.

mit drei Ziele verfolgt wurden. Zum einen sollte die Einstufung der Forderungen rationalisiert werden, zum anderen sollte die ersehnte „Beschneidung“ der Vorzugsrechte erreicht werden. Darüber hinaus sollte eine neue Gläubigergruppe von nachrangigen Gläubigern eingeführt werden¹⁸⁶. Die Gläubiger wurden nunmehr in Gläubiger gegen die Masse (Art. 103 PALC), in privilegierte¹⁸⁷ (Art. 124 f. PALC), einfache und nachrangige (Art. 127 PALC) Gläubiger eingeteilt. Die privilegierten Gläubiger wurden nochmals in besonders privilegierte (Art. 124 PALC) – hierunter fielen alle dinglich gesicherten Gläubiger¹⁸⁸ – und allgemein privilegierte (Art. 125 PALC) Gläubiger unterteilt. Von dieser neuen Kategorisierung sollten insbesondere die einfachen Gläubiger profitieren. Zudem führte die neue Einteilung zu einer wesentlichen Vereinfachung der Skala der Rangfolge der Forderungen, was letztlich auch zu einer Vereinfachung und Beschleunigung des Konkursverfahrens beitrug¹⁸⁹.

V. Gesetzesentwurf des Justizministeriums vom 17. November 2000

Obwohl die Sonderkommission (*Ponencia Especial*) ihre Empfehlung¹⁹⁰ zu dem soeben erläuterten Gesetzesentwurf vom 12. Dezember 1995 von Professor *Rojo Fernández-Rio* ausgesprochen hatte, wurde der Entwurf nicht mehr vom Ausschuss für Handelsrecht des beratenden Gesetzgebungsausschusses des Justizministeriums überprüft. Anstelle der angesetzten Revision entschied sich die Justizministerin¹⁹¹ dafür, eine Sonderkommission für die Konkursrechtsreform (*Sección Especial para la Reforma Concursal*) im beratenden Gesetzgebungsausschuss des Justizministeriums einzurichten¹⁹². Diese wurde durch die Verordnung vom 23. Dezember 1996 mit der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs zum Konkursrecht¹⁹³ und eines Entwurfs zu gegebenenfalls erforderlichen Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Strafgesetzbuchs beauftragt¹⁹⁴. Die Sonderkommission nahm ihre Arbeit am 14. Januar 1997 auf und beendete sie am 12. September 2000, wobei der Gesetzesentwurf

¹⁸⁶ Garrido, RDBB 1996, S. 889, 921.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 125.

¹⁸⁸ Garrido, RDBB 1996, S. 889, 927.

¹⁸⁹ Vgl. Garrido, RDBB 1996, S. 889, 921 ff.

¹⁹⁰ Stellungnahme der *Ponencia especial* vom 17. Dezember 1996, die aus zwei Mitgliedern des beratenden Gesetzgebungsausschusses des Justizministeriums bestand.

¹⁹¹ Zu diesem Zeitpunkt war *Margarita Mariscal de Gante* Justizministerin.

¹⁹² Die Sonderkommission setzte sich anfangs aus zwölf Mitgliedern (Handelsrechts-, Zivilrechts- und Prozessrechtsexperten) zusammen. Prof. A. Rojo, Autor des vorangegangenen Gesetzesentwurfes, gehörte ihr ebenfalls an. Details zur *Sección especial* sind bei *Rojo Fernández-Rio*, La reforma del Derecho Concursal español, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 90, Fn. 10 nachzulesen.

¹⁹³ Eine kritische und humorvolle Auseinandersetzung mit dem Prozess der Erarbeitung des Gesetzesentwurfs findet sich bei *Rojo Fernández-Rio*, *Expansión* Nr. 4.911, v. 21. September 2002, S. 35, der ebenso eine globale Bewertung dieses Entwurfs in: *Escritura Pública* Nr. 17, Sept.-Okt. 2002, S. 24 f. vornimmt.

¹⁹⁴ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1427.

zum Konkursrecht (*Anteproyecto de Ley Concursal* und *Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma Concursal*) am 17. November 2000 beim Ministerium eingereicht wurde¹⁹⁵.

VI. Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2001

Der Gesetzesentwurf der Sonderkommission für die Konkursrechtsreform vom 17. November 2000 wurde anschließend noch wesentlich verändert. So nahm das Justizministerium¹⁹⁶ wichtige Veränderungen vor, wie die Schaffung sog. Handelsgerichte (*Juzgados de lo Mercantil*). Ebenso wurde der Entwurf auf Antrag verschiedener Ministerien hin modifiziert. Unter dem als Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2001 (*Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*)¹⁹⁷ bezeichneten Entwurf ist letztlich die Fassung des Gesetzes mit den von der Forschungsabteilung des Justizministeriums vorgenommenen Modifikationen vom 7. und 5. September 2001 zu verstehen¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Vgl. Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 90 f.

¹⁹⁶ *Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia*.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, und darin insbes. Mairata Laviña, S. 103 ff. und Alonso Ledesma, Carmen, S. 177 ff.; vgl. auch Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal; Pulgar Ezquerra, in: AC 2002 – II, S. 669 ff.

¹⁹⁸ Abgedruckt ist diese Version des Gesetzesentwurfs im Anhang von García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 317 ff. und in der Zeitschrift Derecho de Negocios, Nr. 134, 2001, S. 86 ff. Vgl. auch Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 91; Pulgar Ezquerra, RDM 2003, S. 1425, 1427.

*Zweites Kapitel***Das neue spanische Insolvenzrecht – *Ley Concursal*****A. Insolvenzrechtsreform in Spanien****I. Allgemeines**

Das Insolvenzrecht gehört zweifelsohne zu den wichtigsten Bereichen der Rechtssetzung, die der spanische Gesetzgeber im Zuge der Modernisierung der spanischen Rechtsordnung reformiert hat. Jahrzehnte lang war es dem spanischen Gesetzgeber nicht gelungen, eine so dringend erforderliche Insolvenzrechtsreform herbeizuführen¹. Während in Spanien verschiedene Reformversuche im Sande verliefen, reformierten andere juristisch und wirtschaftlich bedeutende Länder ihr Insolvenzrecht, so etwa Frankreich 1985 (*Loi de redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, v. 15.1.1985), 1994 (Gesetz vom 10.6.1994) bzw. 2006 (*Loi de sauvegarde des entreprises*, v. 26.7.2005), England 1986 (*Insolvency Act 1986*), die U.S.A. 1984, 1994 (*Bankruptcy Code*) bzw. 2005 (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*), Kanada 1992 (*Bankruptcy and Insolvency Act*), Japan 1992 (*Wagihô*), Australien 1992 (*Corporate Law Reform Act*), Portugal 1993 (*Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* v. 23.4.1993), Irland 1990, Argentinien 1995 (*Ley de concursos y quiebras argentina*, Gesetz 24.522, v. 20.7.1995) und nicht zuletzt auch Deutschland mit der Insolvenzordnung vom 5.10.1994, die am 1.1.1999 in Kraft trat². Diese internationalen Tendenzen aufgreifend, hat sich der spanische Gesetzgeber bei der nunmehr umgesetzten Reform für eine umfassende und tief greifende Umgestaltung des gesamten Insolvenzrechts entschieden und sich nicht nur auf eine rein technische Reform beschränkt, bei der lediglich die bestehenden Rechtsinstitute verbessert werden³.

Als die Insolvenzrechtsreform in Spanien im Jahr 2002⁴ dann endlich Gestalt annahm, das neue Konkursgesetz (*Ley Concursal*⁵) am 9. Juli 2003 beschlossen wurde und am 1. September 2004 in Kraft trat, ging ein in Spanien lang gehegter Wunsch in Erfüllung⁶. Doch wie bei

¹ Vgl. hierzu die Ausführungen im 1. Kapitel C.

² Vgl. dazu auch Garrido, RDBB 1996, S. 889, 891; Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1426.

³ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1428.

⁴ Die spanische Regierung brachte den Gesetzesentwurf zum Konkursgesetz (*Proyecto de Ley Concursal*) am 5. Juli 2002 im Parlament ein. Vgl. auch Morillas Jarillo, La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002, Derecho de Negocios, Nr. 143, 2003, S. 20 ff.

⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905 ff.

⁶ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

allen großen Rechtsreformen unterscheiden sich die Wunschvorstellungen zumeist deutlich von den tatsächlich erzielten Resultaten. Insofern ist auch das neue Konkursgesetz das Ergebnis einer „gangbaren Reform“⁷, die sich unter den aktuellen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Umständen erzielen ließ.

Trotzdem stellt das neue spanische Insolvenzrecht eine wesentliche Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage dar. Das komplizierte, in mehreren Gesetzen verstreute und damit katastrophale alte Insolvenzrecht (vgl. im 1. Kapitel B.) wurde endlich von modernen und vereinheitlichten Insolvenzrechtsregelungen abgelöst. Die Harmonisierung der konkursrechtlichen Regelungen wird die Bearbeitung spanischer Unternehmensinsolvenzen ohne Zweifel wesentlich erleichtern. Bei der umfassenden Änderung des spanischen Insolvenzrechts wurden sowohl Beiträge der Lehre, frühere Reformbemühungen auf nationaler Ebene, Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung als auch überstaatliche Maßnahmen zur Vereinheitlichung und Harmonisierung dieser Rechtsmaterie berücksichtigt. Einen Bruch mit der spanischen Konkursrechtstradition bedeutet die Reform daher für den Gesetzgeber nicht⁸.

Durch die Reform wurden viele Neuerungen im spanischen Insolvenzrecht geschaffen. Erstmals wurde das Insolvenzrecht in materieller und prozessualer Hinsicht in einer Kodifikation vereint, was bereits den Zugang zu dieser Rechtsmaterie wesentlich erleichtert. Im Folgenden soll die Insolvenzrechtsreform hinsichtlich der gesetzgeberischen Einzelheiten und der Reformziele näher dargestellt werden. Anschließend folgt ein kurzer Abriss der wichtigsten Neuerungen des spanischen Konkursrechts, denn für eine umfassende Analyse spanischer Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz sind Kenntnis und Verständnis des insolvenzrechtlichen Gesamtgefüges in Spanien unerlässlich.

II. Gesetzgebung

Die spanische Insolvenzrechtsreform besteht aus zwei Gesetzen: dem Gesetz zur Reform des Konkursrechts (*Ley Orgánica para la Reforma Concursal*)⁹ und dem Konkursgesetz selbst (*Ley Concursal*)¹⁰. Durch die Einbringung des Gesetzesentwurfes¹¹ im Parlament am 5. Juli

⁷ Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 92.

⁸ Begründung des Konkursgesetzes I, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

⁹ *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901 ff.

¹⁰ *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905 ff.

¹¹ Bevor die spanische Regierung den Entwurf zum Konkursgesetz (*Proyecto de Ley Concursal*) am 5. Juli 2002 im Kongress einbrachte, war der auf dem *Anteproyecto de Ley Concursal* aus dem Jahr 2001 basierende Entwurf noch anderen Gremien vorgelegt worden, so etwa der Organisation zur Benennung und Beförderung von Richtern (*Consejo General del Poder Judicial*), dem Beratungsgremium für Wirtschaft und Sozialen (*Consejo Económico y Sociales*) und dem Beratungsgremium für die Regierung (*Consejo del Estado*).

2002 kam die spanische Regierung der *D.F. decimonovena* des Zivilprozessgesetzes aus dem Jahr 2001 nach¹². Denn dort wurde der spanische Gesetzgeber dazu aufgefordert, innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Zivilprozessgesetzes einen Gesetzesentwurf zur Insolvenzrechtsreform im Parlament einzubringen¹³. Das Gesetz zur Reform des Konkursrechts und das Konkursgesetz wurden jeweils einstimmig vom Kongress am 3. April 2003¹⁴ und vom Senat am 11. Juni 2003 verabschiedet¹⁵. Die Veröffentlichung dieser Gesetze erfolgte am 10. Juli 2003 im staatlichen Amtsblatt Spaniens (*Boletín Oficial del Estado* – B.O.E.)¹⁶.

Das Gesetz über die Reform des Konkursrechts (*Ley Orgánica para la Reforma Concursal*) trat bis auf Art.1 und die Übergangsregelungen bereits im 11. Juli 2003 in Kraft¹⁷, da es den Grundstein für das neue Insolvenzrecht legen und die entsprechenden Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetz (*Ley Orgánica del Poder Judicial*) herbeiführen sollte. Insbesondere wurde hiermit die Figur des spezialisierten Konkursrichters geschaffen und die Einrichtung neuer Kammern für Handelssachen (*Juzgados de lo Mercantil*) vorbereitet. Daneben definiert es die Umstände, unter denen die Freiheits- und Grundrechte des Schuldners im Rahmen des Insolvenzverfahrens eingeschränkt werden können¹⁸.

Das Inkrafttreten des Konkursgesetzes (*Ley Concursal* – LC) wurde auf mehr als ein Jahr nach der Veröffentlichung im B.O.E., auf den 1. September 2004¹⁹, hinausgeschoben. Das Konkursgesetz enthält 230 Artikel und 41 Ergänzungs-, Übergangs-, Aufhebungs- und Schlussbestimmungen, wobei durch letztere zahlreiche andere Gesetze reformiert wurden.

Die neue Gesetzgebung führte auch zu einer Änderung der Begrifflichkeiten in dieser Rechtsmaterie²⁰. Der Gesetzgeber entschied sich hierbei bewusst für den Begriff des „*concurso*“ (Konkurs) als Bezeichnung für das neue Insolvenzverfahren. In der Begründung zur Gesetzgebung führt der spanische Gesetzgeber aus, dass es sich bei dem Begriff *concurso* um eine klassische Bezeichnung handelt, die von Autoren aus dem 17. Jahrhundert, vor allem von

Einige der von diesen Gremien formulierten Anmerkungen wurden berücksichtigt und führten zu weiteren Änderungen des Entwurfs.

¹² *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (Zivilprozessgesetz).

¹³ B.O.E. Nr. 164, vom 10.7.2003, S. 26906.

¹⁴ www.leyconcursal.com/prensa/pais_04_04.03.htm; vgl. hierzu auch *Pulgar Ezquerro*, AJA, 2003, Nr. 578, S. 1 ff.

¹⁵ *Corella*, www.leyconcursal.com/prensa/5Días_12_06_2003.htm.

¹⁶ B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901 ff.

¹⁷ *D.F. tercera, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio para la Reforma Concursal*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901, 26905.

¹⁸ Art. 41 LC verweist auf das *Ley Orgánica para la Reforma Concursal*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26903, vgl. dort Art. 1.

¹⁹ *D.F. trigésima quinta, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905, 26965.

²⁰ *Vázquez Sotelo*, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 9, 14 f.

Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616)²¹ und von *Francisco Salgado de Somoza* (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646)²², geprägt wurde²³. Der Begriff des Konkurses, der die Beteiligung der Gläubiger am Vermögen des Gemeinschuldners beschreibt, ging dann in den europäischen Rechtswortschatz über (*Konkurs* im Deutschen und *Concorso* im Italienischen). Mit der Bezeichnung „Konkurs“ will der Gesetzgeber nicht nur ein traditionelles Wort der Rechtsterminologie Spaniens zurückgewinnen, sondern auch die Vereinheitlichung der verschiedenen Insolvenzverfahren zum Ausdruck bringen und verdeutlichen²⁴. Die Bezeichnung „Konkurs“ ist jedoch auch auf Kritik gestoßen. Angeführt wird insbesondere, dass sich dieser Begriff in der Praxis bei Unternehmen, die als überlebensfähig erachtet werden, negativ auswirken könnte²⁵. Statt der Bezeichnung „Konkurs“ wird daher teilweise eine begriffliche Differenzierung zwischen den einzelnen Phasen vorgeschlagen, wobei der Name „Konkursgesetz“ beibehalten werden soll²⁶.

III. Reformziele

Die wesentlichen Ziele der spanischen Insolvenzrechtsreform waren die Einführung moderner, den heutigen Bedürfnissen angemessener und gerechter Regelungen. Es sollten vor allem

²¹ Der vollständige Titel des Werkes von *Amador Rodríguez* lautet *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus*, deren erste Auflage 1616 in Valladolid erschien.

²² *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* ist hierbei der vollständige Titel des bedeutenden Werkes von *Salgado de Somoza*. Die Angaben zum Erscheinungsjahr variieren zwischen 1645, 1646 und 1651, vgl. *Olivencia Ruiz*, RCP 2004, S. 19, 20 Fn 1. Der aus La Coruña stammende *Salgado de Somoza* hat das spanische Konkursrecht ganz wesentlich geprägt, d.h. nicht nur in Bezug auf die Lexik, sondern vor allem in materiell- und prozessrechtlicher Hinsicht. Sein *Tractatus de regia protectione vi oppresorum appellantium a causis et iudicibus ecclesiasticis*, Lyon 1627, war hierbei von großer Bedeutung. Sein Wirken beschränkte sich dabei nicht nur auf die iberische Halbinsel, sondern reichte auch bis nach Deutschland, wo es sich in der Preußischen Hypotheken- und Konkursordnung (1722), im *Corpus Iuris Fridericianum* (1781), im *Codex Iuris Bavarici iudiciari* (1793) und in der Hannoverschen Zivilprozessordnung (1850) niederschlug, vgl. *Olivencia Ruiz*, RCP 2004, S. 19, 21 Fn. 3 und *Alcalá Zamora*, Un español mal comprendido: Francisco Salgado de Somoza en la literatura alemana sobre el concursal de acreedores. Zum Werk und zur Biographie des großen spanischen Konkursrechtlers: *Salgado de Somoza: Vázquez Sotelo*, in: La nueva Ley Concursal, S. 9, insb. S.18 ff.; *Ross*, in: *Stolleis*, Juristen. Ein biographisches Lexicon, S. 550 f.

²³ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

²⁴ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

²⁵ *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 105.

²⁶ Die erste Phase, in der das Unternehmen saniert werden kann, solle mit „*suspensión de pagos*“ benannt werden. Die zweite Phase, in der es zur Liquidation des Unternehmens kommt, solle die Bezeichnung „*quiebra*“ tragen, so *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 105. Anzumerken ist, dass diese Begriffe dem alten Insolvenzrecht entstammen und damit über viele Jahrzehnte hinweg das spanische Wirtschaftsleben geprägt haben. Einerseits könnte daher die vorgeschlagene begriffliche Unterscheidung die Sanierungschancen von überlebensfähigen Unternehmen verbessern. Denn die Gläubiger wären nicht bereits durch den Begriff „Konkurs“ dem Ausgang des Verfahrens gegenüber vorgeeignet. Andererseits hat im Vergleich hierzu das Absehen von einer begrifflichen Differenzierung in Deutschland auch nicht dazu geführt, dass die Sanierungschancen von Unternehmen gesunken wären.

die Defizite der alten Rechtslage beseitigt²⁷ und Rechtssicherheit und Vertrauen geschaffen werden. Eine sog. „Konkurskultur“²⁸ war in Spanien bislang kaum ausgeprägt, was auch die niedrigen Konkurszahlen belegen (vgl. im 1. Kapitel unter B III.).

Der Gesetzgeber wollte mit dem Konkursgesetz eine gesetzliche Einheit schaffen, die von einem in sich geschlossenen System getragen wird²⁹. Besonders hervorzuheben ist daher die Zusammenfassung des materiellen und prozessualen Insolvenzrechts in einem einzigen Gesetzestext. Die gesetzlich sehr unübersichtlich geregelten und extrem veralteten, anachronistischen Vorschriften zu Konkurs (*quiebra*) und Zahlungseinstellung (*suspensión de pagos*) bei Kaufleuten und zu Gläubigerkonkurs (*concurso de acreedores*) und Erlass und Stundung (*quita y espera*) bei Nichtkaufleuten wurden aufgehoben³⁰. Eine Unterscheidung anhand der Kaufmannseigenschaft entfällt künftig zugunsten eines innovativen, einheitlichen und transparenten Verfahrens. Allein dies führt zu einer beträchtlichen Vereinfachung des spanischen Insolvenzrechts. Darüber hinaus betont der spanische Gesetzgeber die Flexibilität des neuen Konkursverfahrens³¹. Die neue Beweglichkeit des Verfahrens ermöglicht die Anpassung an verschiedene Situationen und individuelle Lösungen, mit deren Hilfe das grundlegende Ziel des Konkurses – die Befriedigung der Gläubiger – noch besser erreicht werden kann³².

Des Weiteren hat das neue Konkursgesetz durchgehend – nach der alten Rechtslage war das nur im Rahmen der Zahlungseinstellung der Fall – den Grundsatz der Unternehmensfortführung vor Augen³³. Statt einer Zerschlagung von Unternehmen werden deren Erhalt und deren Fortführung im Wege von Übereinkünften und Vergleichen ermöglicht und gefördert. Wirtschaftlicher Werte und Arbeitsplätze sollen hierdurch erhalten bleiben. Auch das Recht auf Unternehmensnachfolge wurde gestärkt³⁴.

Das Insolvenzverfahren soll zudem an Schnelligkeit und Transparenz gewinnen³⁵. Das Gesetz schafft daher einen Anreiz zur frühen Konkurserklärung, ermöglicht einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag und bietet bei kleineren Konkursverfahren die Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens. Das spanische Justizministerium setzt für ein normales Konkursverfahren, bei

²⁷ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

²⁸ Rojo Fernández-Rio in seinem Vortrag zum spanischen Insolvenzrecht vom 12. Juni 2004 auf dem XX. Kongress der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung in Erfurt; vgl. dazu auch Schröder/Kampe, INF II/2004, S. 153, 156.

²⁹ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

³⁰ Vgl. hierzu Ausführungen im ersten Kapitel unter B II.

³¹ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

³² Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

³³ Schröder, RIW 2004, S. 610, 612.

³⁴ Art. 149 Abs. 2 LC; D.F. *decimocuarta* 2. LC.

³⁵ Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

dem ein vorgezogener Vergleichsvorschlag Erfolg hatte, eine Verfahrensdauer von acht Monaten an³⁶. Wird ein derartiger Vergleichsvorschlag nicht vorgebracht oder ist er erfolglos, wird ein Jahr für das Konkursverfahren veranschlagt. Bei einem abgekürzten Verfahren mit vorgezogenem Vergleichsvorschlag wird von einer Verfahrensdauer von vier Monaten ausgegangen. Ohne einen solchen Vorschlag wiederum soll das Verfahren sechs Monate dauern³⁷.

IV. Insolvenzverfahren in der Praxis

Im vorhergehenden Kapitel wurde bereits auf die Zahl der Insolvenzverfahren nach altem Recht eingegangen (vgl. im 1. Kapitel B.II. Tabelle.). Vorenthalten werden sollen daher nicht die ersten Zahlen der Insolvenzverfahren nach neuem Recht. Die Frage, ob das neue spanische Insolvenzrecht in der Lage ist, die Haltung spanischer Unternehmen gegenüber einem Konkursverfahren zu ändern, deren Akzeptanz zu fördern und das Vertrauen in das Konkursrecht zu stärken, kann mit den ersten verfügbaren Zahlen der Konkursverfahren sicherlich nicht abschließend beantwortet werden. Die bis zum dritten Quartal des Jahres 2006 vorliegenden Zahlen des seit 1. September 2004 neu eingeführten Konkursverfahrens vermögen aber, eine erste Reaktion auf die neue Konkursgesetzgebung in der Praxis wiederzugeben. Im Folgenden wird nicht nur die Anzahl der Konkursverfahren in dieser Zeit quartalsmäßig betrachtet, sondern auch nach Verfahrensvarianten unterschieden. Die Zahlen werden in freiwillige und notwendige Konkurse, in Regelverfahren oder in abgekürzte Verfahren und in Verfahren mit oder ohne vorgezogenen Vergleichsvorschlag aufgeschlüsselt. Betrachtet man die vorliegenden Zahlen, so ist zunächst 2004 ein kleiner Rückgang und sodann bis zum ersten Quartal 2006 ein leichter Zuwachs der Konkurse zu verzeichnen, der aber nicht gravierend ins Gewicht fällt. Zum dritten Quartal 2006 hin gehen die Zahlen wiederum leicht zurück. In etwa konstant ist die Aufteilung der Verfahren in freiwillige und notwendige Konkurse. So überwiegen die freiwilligen, d.h. vom Konkurschuldner selbst beantragten Konkursverfahren (durchschnittlich ca. 87,3 %), die notwendigen, von den Gläubigern beantragten Verfahren (ca. 12,7 %) deutlich. Ebenfalls ist erkennbar, dass von der Möglichkeit, einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag einzubringen, nur äußerst selten Gebrauch gemacht wird (durchschnittlich etwa 1,6 %). Beim Regelverfahren und beim abgekürzten Verfahren kann eine leichte Zunahme der abgekürzten Verfahren im 1. und 2. Quartal 2006 festgestellt werden, was bedeutet, dass mehr kleinere Unternehmen insolvent gewordenen sind. Die Zahlen gleichen sich jedoch zum 3. Quartal 2006 hin wieder an. Im gesamten betrachteten Zeitraum verteilen sich

³⁶ *Ministerio de Justicia.*

³⁷ *Ministerio de Justicia.*

die Regelverfahren auf durchschnittlich 48,5 % und die abgekürzten Verfahren auf 51,5 % der eröffneten Konkursverfahren.

Tabelle

**Anzahl der Konkursverfahren in Spanien
von Sept. 2004 – 2006**

Concursos³⁸	2004 4.Q Ab Sept.	2005 1.Q.	2005 2.Q.	2005 3.Q.	2005 4.Q.	2006 1.Q.	2006 2.Q.	2006 3.Q.
Insgesamt	192	204	259	232	234	270	236	168
<i>Freiwilliger Konkurs</i>	170	172	226	205	209	231	209	145
<i>Notwendiger Konkurs</i>	22	32	33	27	25	39	27	23
<i>Regelverfahren</i>	120	100	127	101	118	121	96	81
<i>Abgekürztes Verfahren</i>	72	104	132	131	116	149	140	87
<i>Ohne vorge- zogenen Ver- gleichsvorschlag</i>	184	199	249	231	233	270	235	167
<i>Mit vorgezogenem Vergleichsvor- schlag</i>	8	5	10	1	1	0	1	1
		2005 insgesamt: 929				bis 3. Q 2006: 674		

³⁸ Quelle: Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es>.

B. Neue Rechtslage nach dem Konkursgesetz (*Ley Concursal*)

Im Folgenden sollen die wichtigsten Neuerungen der Rechtslage nach dem Konkursgesetz (*Ley Concursal*)³⁹ kurz dargestellt werden.

I. Konkursorgane

Die Organstruktur des Konkursverfahrens wurde durch das neue Konkursgesetz vereinfacht⁴⁰. Das Verfahren kommt mit weniger Konkursorganen als zuvor aus; weggefallen ist beispielsweise der vorläufige Konkursverwalter. Außerdem wurde der Einfluss bestimmter Beteiligter wie der von Gläubigerversammlung und Staatsanwaltschaft minimiert, was wiederum zu einer Kompetenzerweiterung der anderen Organe geführt hat. Hauptorgane des Konkursverfahrens sind daher der Handelsrichter für Konkursachen und die Konkursverwaltung.

1. Handelsrichter für Konkursachen

Eine der wesentlichen Neuheiten des Konkursgesetzes ist die Einführung der Figur des Handelsrichters für Konkursachen. In Insolvenzangelegenheiten ist er ausschließlich zuständig

³⁹ Vgl. zur neuen Rechtslage: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I-II; *Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal; *Palomar Olmeda*, Comentarios a la Legislación concursal; *Rojo Fernández-Rio/Beltrán Sánchez*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I-II; *Sagrera Tizón/Sala Reixachs/Ferrer Barriendos*, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I-III; *Sala/Mercadal/Alonso-Cuevillas* (Coordinadores), Nueva Ley Concursal; *Cordón Moreno*, Proceso concursal, 2005; *Ferrer Vicente, J.M.*, Nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el derecho español; *Gallego Sánchez*, Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios, Bd. I-II; *González Cano*, Nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal; *Jiménez Sánchez*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Bd. I-V; *Montón Redondo*, Nuevo proceso concursal, 2006; *Olivencia Ruiz* (Hrsg.), Nueva Ley Concursal; *Suárez Blavia*, Concurso de acreedores. Comentarios, doctrina y jurisprudencia aplicable de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; *Prendes Carril*, (Hrsg.), Guía práctica de la Ley Concursal; *Romero Sanz de Madrid*, Derecho Concursal, 2005; *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal; *Fernández-Ballesteros*, Derecho Concursal Práctico; *Herrera Cuevas*, Manual de la Reforma Concursal; *Jiménez Savurido*, La nueva Regulación Concursal; *Rich Oliva*, Esquemas procesales del Concurso, Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio; *Uriá Rodrigo*, Lecciones de Derecho Mercantil; *Vicent Chuliá*, Introducción al derecho mercantil; *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, Estudio Sistemático; *Rojo Fernández-Rio*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87 ff.; *Vázquez Iruzubieta*, Comentarios a la Ley Concursal; *Usón Duch*, La nueva Ley Concursal comentarios y formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal; *Álvarez Vega, Isabel*, RDP 2004, S. 573 ff.; *Candelario Macías*, RDP 2003, S. 522 ff.; *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885 ff.; *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817 ff.; *ders.*, BCRE 2004, Nr. 102, S. 1237 ff.; *Fernández Aguado*, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE 2004, Nr. 61, S. 211 ff.; *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, S. 1 ff.; *Herbosa Martínez*, La Ley Año XXV (2004), Nr. 5992, S. 1 ff., Nr. 5993, S. 1 ff.; *Jiménez Sánchez*, RCP 2004, Nr. 1, S. 27 ff.; *Lefebvre*, Reforma Concursal; *Lincke*, NZI 2004, S. 69 ff.; *Menéndez*, Lecciones de Derecho Mercantil; *Olivencia Ruiz*, RCP 2004, Nr. 1, S. 19 ff.; *Rojo Fernández-Rio*, Registradores de España, S. 36 ff.; *Lieder*, in: *Smid*, Neue Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, S. 139 ff.; *Schröder*, RIW 2004, S. 610 ff.; *dies.*, INF 2005, S. 18 ff.; *Vázquez Sotelo*, in: La nueva Ley Concursal, S. 9 ff.

⁴⁰ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

(Art. 8 LC). In ganz Spanien wurden hierfür 62 Gerichte für Handelssachen⁴¹ (*Juzgados de lo Mercantil*) eingerichtet⁴². Die anfangs bestehenden Bedenken, dass die Bildung solcher Kammern in derart kurzer Zeit, den Zusammenbruch des spanischen Gerichtswesens bewirken könnte⁴³, bestätigten sich indes nicht.

Die Zuständigkeit des Konkursrichters erstreckt sich nach neuem Recht auch auf Sachen, die in der Vergangenheit anderen Gerichten zugewiesen waren. Aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für das Schuldnervermögen fallen diese Sachen nunmehr in seine Zuständigkeit. Der Universalcharakter des Konkursverfahrens rechtfertigt nach Ansicht des Gesetzgebers die Konzentration der Zuständigkeiten bei einem Rechtsorgan, das all diese Materien kennt⁴⁴. Denn ein einheitliches Verfahren erfordert auch eine einheitliche Entscheidung⁴⁵. Die zahlreichen Rechtsgebiete, die bei einem Konkursverfahren berührt werden, und die Komplexität der wirtschaftlichen Praxis machten eine Spezialisierung notwendig. Durch die umfassende Kenntnis der in einem Konkursverfahren auftretenden Rechts- und Wirtschaftsfragen soll der Handelsrichter das notwendige Verständnis und die Nähe zur Arbeits- und Firmenwelt schaffen, um objektive und dabei praxistaugliche Lösungsansätze zu entwickeln⁴⁶. Nach altem Recht waren die Zuständigkeiten verteilt auf die Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichte und die Verfahren daher unübersichtlich, kompliziert und in die Länge gezogen. Das neue Konkursgesetz hat diesbezüglich durch die umfassende Zuständigkeit des Handelsrichters Abhilfe geschaffen: Kostspielige und zeitraubende Folgeprozesse bleiben in Zukunft erspart.

Der Handelsrichter ist mithin das leitende Konkursorgan⁴⁷. Seine Kompetenzen sind verschiedenartig und weit reichend. Seine Zuständigkeit greift beim eigentlichen Konkursverfah-

⁴¹ Die Bezeichnung Gerichte für Handelssachen (*Juzgados de lo Mercantil*) wirkt in dieser Hinsicht irritierend und ist unglücklich gewählt. Denn die von den Richtern zu entscheidende Materie ist nicht das Handelsrecht im Allgemeinen, sondern nur das Konkursrecht und die hierbei auftretenden handels- und zivilrechtlichen Fragen. Anders als der Name vermuten lässt, befassen sich die neuen spanischen Gerichte für Handelssachen daher nicht ausschließlich mit handelsrechtlichen Angelegenheiten. Dies ist sogar dem Gesetzgeber selbst in seiner Gesetzesbegründung aufgefallen (B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901, 26902). Die notwendigen Konsequenzen wurden aber nicht gezogen. Vgl. hierzu auch *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders*, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 87, 119 f.

⁴² Die Einrichtung der *Juzgados de lo Mercantil* erfolgte durch das Ley Orgánica para la Reforma Concursal, das in Art. 2 die entsprechenden Vorschriften des Ley Orgánica del Poder Judicial änderte. In den Gesetzesentwurf von 2001 (Anteproyecto de Ley Concursal de 2001) wurde diese wesentliche Veränderung erst durch das Justizministerium (Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia) am 5. und 7. September 2001 eingefügt. Abgedruckt ist der so veränderte Gesetzesentwurf in *García Villaverde/Alonso Urbab/Pulgar Ezquerro*, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, S. 317 ff.

⁴³ *Universia.es* vom 24.7.2003, Según un experto (Benito Reverón) la entrada en vigor de la Ley Concursal colapsará los órganos judiciales, www.universia.es/portada/actualidad/noticia_actualidad.jsp?noticia=61187.

⁴⁴ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁴⁵ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁴⁶ *Lincke*, NZI 2004, 69, 70; *Illescas Ortiz*, in: *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, 1997, S. 11 ff.

⁴⁷ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

ren, bei vorprozessualen Fragen, bei bereits anhängigen Vollstreckungen in anderen Gerichtsverfahren, bei möglicherweise auftretenden wettbewerbs-, see- und gesellschaftsrechtlichen Folgen eines Konkurses, beim einstweiligen Rechtsschutz sowie bei zivil- und arbeitsrechtlichen Fragen (wie z.B. bei Abfindungen und Löhnen von Arbeitnehmern) (Art. 8 LC). Dem Konkursrichter wird darüber hinaus ein weites Ermessen bei der Ausübung seiner Kompetenzen zugestanden. Dies soll zur Flexibilität des Verfahrens beitragen und die Anpassung an die verschiedenen Umstände eines jeden Falles ermöglichen⁴⁸. Im Ermessen des Richters stehen dabei so wichtige Fragen wie der Beschluss vorbeugender Maßnahmen vor der Konkurseröffnung (Art. 17 LC) bzw. vor dem Zusammentritt der Konkursverwaltung, die Ausweitung der Bekanntmachung der Konkurseröffnung und anderer Entscheidungen, die im Interesse Dritter liegen (Art. 23 Abs. 2 LC), die Konkurshäufung (Art. 25 LC), die Ernennung (Art. Art. 27 Abs. 3 LC) und die Abberufung der Konkursverwalter (Art. 37 LC), die Bestimmung der Konkurswirkungen für den Konkursschuldner (Art. 40 Abs. 3, 4 LC), die Bestimmung der Rangliste der Gläubiger und der Forderungen (Art. 154 Abs. 2, 155 Abs. 3, 4, 157 Abs. 1 LC) oder die Annahme des Liquidationsplans (Art. 148 Abs. 2 LC).

Die allgegenwärtige Präsenz des Konkursrichters im Verfahren und sein weiter Ermessenspielraum bei wichtigen Fragen sind nicht ohne Kritik geblieben. Es wird hierbei bereits von einer übermäßigen Ausweitung der Justiz im Konkursverfahren gesprochen⁴⁹. Zulasten der Gestaltungsfreiheit der Parteien wird durch das Konkursgesetz eine Entscheidungskonzentration bei Gericht eingeführt. Deutlich wird dies insbesondere in der Vergleichsphase. Bei einem vorgezogenen Vergleichsvorschlag kann der Konkursrichter diesen bereits zu Fall bringen, wenn die Konkursverwaltung lediglich einen Vorbehalt gegen den Vorschlag vorbringt (Art. 107 Abs. 2 S. 3 LC). Dies läuft aber der Privatautonomie der Gläubiger entgegen⁵⁰, denn allein diese müssen bestimmen können, welchem Vorschlag sie sich anschließen oder welchen sie ablehnen wollen. Der Konkursrichter kann darüber hinaus auch einen regulären Vergleich zurückweisen und die gerichtliche Bestätigung verweigern, wenn er der Ansicht ist, dass der Vergleich durch seinen Inhalt das Gesetz verletzt (Art. 131 Abs. 1 LC). Erstaunlich ist hierbei jedoch, dass eben dieser Richter bereits zuvor über den Vergleich entschieden hat, indem er ihn nicht nur auf seine Form- und Fristgerechtigkeit hin, sondern auch auf seine inhaltliche Gesetzesmäßigkeit überprüft hat und ihn daher überhaupt erst zum Verfahren zugelassen hat (Art. 114 Abs. 1 LC).

⁴⁸ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁴⁹ Rojo Fernández-Rio spricht hier von „judicialismo“, in: ders, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 101.

⁵⁰ Rojo Fernández-Rio, in: ders, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 101.

2. Konkursverwaltung

Das Modell der Konkursverwaltung (*administración concursal*), das sich vom bislang geltenden Recht grundlegend unterscheidet, wurde durch das spanische Konkursgesetz neu eingeführt⁵¹. Statt eines einzelnen Insolvenzverwalters, wie in Deutschland, wird in Spanien nunmehr eine Konkursverwaltung als Kollegialorgan eingesetzt (Art. 27 LC). Bei der Zusammensetzung der Konkursverwaltung wird die Professionalität der Verwalter in konkursrechtlichen und wirtschaftlichen Fragen mit der Repräsentanz eines Gläubigers kombiniert⁵², was ein Novum darstellt.

Grundsätzlich besteht die Konkursverwaltung aus drei Verwaltern: einem Rechtsanwalt mit mindestens fünf Jahren Berufserfahrung (Art. 27 Abs. 1 Nr. 1 LC), einem Wirtschaftsprüfer oder einem Wirtschaftsfachmann (*economista, titulado mercantil colegiados*) mit mindestens fünf Jahren Berufserfahrung (Art. 27 Abs. 1 Nr. 2 LC) und einem Gläubiger mit einer einfachen oder allgemein privilegierten ungesicherten Forderung (Art. 27 Abs. 1 Nr. 3 LC). Ausnahmen bei der Zusammensetzung der Konkursverwaltung werden nur in seltenen Fällen zugelassen und richten sich dann nach der Person des Konkursschuldners. So wird bei Emissionsbanken von börsennotierten Papieren oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen statt des Wirtschaftsfachmannes ein Verwalter eingesetzt, der grundsätzlich der nationalen Wertpapierbörsenkommission angehört (Art. 27 Abs. 2 Nr. 1 LC). Bei Kreditinstituten oder Versicherungsgesellschaften wird statt eines Gläubigers der entsprechende Einlagensicherungsfonds oder das Rückversicherungskonsortium als Konkursverwalter berufen (Art. 27 Abs. 2 Nr. 2 LC). Bei kleineren, sog. abgekürzten oder vereinfachten Verfahren mit einer Masse von nicht mehr als 1.000.000 € kann die Zahl der Konkursverwalter auf einen Verwalter herabgesetzt werden (Art. 27 Abs. 2 Nr. 3 LC i.V.m. Art. 190, 191 LC). Somit werden die Kosten⁵³ von Insolvenzverfahren kleinerer und mittelständischer Betriebe nicht unnötig in die Höhe getrieben⁵⁴.

Die der Konkursverwaltung eingeräumten Kompetenzen sind verschiedenartig. So kann sie Initiativen ergreifen und das Verfahren in wirtschaftlicher und juristischer Hinsicht gestalten⁵⁵. Das Handeln der Konkursverwaltung unterliegt der Aufsicht des Konkursrichters. Der

⁵¹ Zur Konkursverwaltung allgemein *Cortadas Arbat*, Administración concursal. Funciones, facultades y responsabilidades. Formularios de escritos e informes; *Porfirio Carpio*, Acceso a la administración concursal, Examen del artículo 27 de la Ley Concursal; *Tirado Martí*, Administradores concursales.

⁵² Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁵³ Zu den Kosten des Konkursverfahrens allgemein vgl. bei *Ull Salcedo*, Costes del nuevo procedimiento concursal.

⁵⁴ Anders wohl *Lincke*, NZI 2004, 69, 71.

⁵⁵ *Artacho Martín-Lagos*, Diario La Ley, Año XXIV, 2003, 7.

Konkursverwaltung werden sehr wichtige Aufgaben zugewiesen, die von ihr gemeinschaftlich zu erfüllen sind, es sei denn, der Richter hat hierfür nur einen der Verwalter bestimmt⁵⁶. Falls es die Komplexität des Falles erfordert, kann der Richter auf Antrag der Konkursverwaltung bestimmte Aufgaben auch auf Gehilfen übertragen (Art. 32 LC).

Zu den wesentlichen Aufgaben der Konkursverwaltung zählen die Überwachung der vom Schuldner im Rahmen seiner Befugnisse getätigten Rechtshandlungen (Art. 40 Abs. 1 LC) bzw. die völlige Übernahme dieser Befugnisse, wenn dem Schuldner diese vollständig entzogen worden sind (Art. 40 Abs. 2 LC). Weitere wichtige Funktionen der Konkursverwaltung sind die Berichterstellung zum Bestand der Aktivmasse und zur Gläubigerliste und gegebenenfalls eine Einschätzung der eingereichten Vergleichsvorschläge (Art. 75 LC).

Das Gesetz sieht zudem die Vergütung der Konkursverwalter vor und legt als Kriterien hierfür den Wert der Aktivmasse und der Passivmasse und die voraussichtliche Schwierigkeit des Konkurses fest (Art. 34 Abs. 1 und 2 LC). Der Konkursrichter entscheidet hierbei über die genaue Vergütung der Konkursverwalter (Art. 34 Abs. 3 LC). Das Konkursgesetz nimmt die Konkursverwalter daher für ihr Handeln gegenüber dem Schuldner und den Gläubigern in die Verantwortung (Art. 36 LC) und trifft Regelungen zum Ausscheiden der Konkursverwalter (Art. 37 LC).

Anders als in Deutschland⁵⁷ kann das Amt eines Konkursverwalters in Spanien nicht unbegrenzt von ein und derselben Person in zeitlich verschiedenen Konkursverfahren ausgeübt werden. Das spanische Konkursgesetz hat die Ausübung dieses Amtes auf eine bestimmte Anzahl von Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraumes beschränkt. In Art. 28 Abs. 2 LC ist festgelegt, dass bei einem Konkursverfahren, bei dem genügend Personen als Konkursverwalter zur Verfügung stehen, solche Personen nicht als Konkursverwalter ernannt werden dürfen, die bei demselben Handelsgericht in drei Konkursverfahren als Konkursverwalter innerhalb der letzten zwei Jahre tätig waren. Diese Regelung soll zwei in der spanischen Praxis möglicherweise auftretenden Risiken vorbeugen⁵⁸. Zum einen sollen die zukünf-

⁵⁶ Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁵⁷ Im Vergleich zur deutschen Regelung ist zunächst zu beachten, dass hier nur ein Insolvenzverwalter und keine Konkursverwaltung, die aus mehreren Konkursverwaltern zusammengesetzt ist, vom Insolvenzgericht bestellt wird. Bis auf die in § 56 Abs. 1 InsO genannten Anforderungen „geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person“ bewegt sich die Auswahl des Insolvenzverwalters in Deutschland in einem rechtlich nicht geregelten Rahmen und ist auch einem Rechtsmittel nicht zugänglich (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, S. 522). Die Praxis bei deutschen Insolvenzgerichten zeigt jedoch, dass zumeist nur Insolvenzverwalter bestellt werden, die in einer entsprechenden Liste aufgeführt sind. Vgl. hierzu *Keine-Cosack*, in: *Bork/Kübler*, Insolvenzrecht 2000, S. 1 ff.; *Schmidt*, ebenda, S. 15 ff.; *Prütting*, ebenda, S. 29 ff.

⁵⁸ *Rojo Fernández-Rio*, in: *Rojo*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 122 f.

tigen Insolvenzverfahren nicht von den noch nach der alten Rechtslage tätigen Insolvenzverwaltern und Syndizi beherrscht werden, da es sich bei den hierauf spezialisierten Personen um eine kleine, exklusive Gruppe handelt. Zum anderen soll vermieden werden, dass die Konkursverwaltung sich zu einem Oligopol großer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bzw. großer Rechtsanwaltskanzleien entwickelt. Die Entscheidung des Gesetzgebers hat verständlicherweise unterschiedliche Reaktionen hervorgerufen. Als Nachteil dieser Regelung und als Gefahr wird vor allem empfunden, dass bei kleineren, unbedeutenden Verfahren Konkursverwalter nur noch schwer zu finden sein könnten. Denn die Konkursverwalter werden ein großes Verfahren mit ausreichend Masse vorziehen und sich ihre Chance hierauf nicht vergeben wollen. Die Suche nach einem Konkursverwalter, der auch in einem kleinen Verfahren dieses Amt ausüben würde, soll für den Konkursrichter schließlich nicht in eine „Pilgerfahrt“⁵⁹ münden.

3. Gläubigerversammlung und Staatsanwaltschaft

Anders als der Konkursrichter und die Konkursverwaltung sind die Gläubigerversammlung⁶⁰ und die Staatsanwaltschaft nicht an jedem Konkursverfahren beteiligt, sondern nur in bestimmten Fällen. Die Gläubigerversammlung wird nur im Rahmen eines Vergleichs einberufen, wenn ein vorgezogener Vergleichsvorschlag wegen fehlender Zustimmung nicht angenommen und eine Liquidation nicht beantragt worden ist (Art. 111 ff., 116 ff. LC).

Offenbaren sich bei Verhandlungen über Straftaten gegen das Vermögen und gegen die sozialwirtschaftliche Ordnung Indizien für die Zahlungsunfähigkeit eines mutmaßlichen Straftäters und eine Gläubigermehrheit, fordert die Staatsanwaltschaft den in der Sache entscheidenden Richter zur Mitteilung dieser Geschehnisse an den zuständigen Konkursrichter auf (Art. 4 LC). Darüber hinaus wird die Staatsanwaltschaft bei einem schuldhaften Konkurs eingeschaltet (Art. 169 LC).

II. Konkursöffnung

Im ersten Hauptabschnitt der *Ley Concursal* (*Título I*) finden sich die Regelungen zur Konkursöffnung⁶¹. Neben den Voraussetzungen für einen Konkurs sind die Verfahrensregeln für die Konkursöffnung geregelt. Der Konkurs kann grundsätzlich über das Vermögen eines

⁵⁹ Vgl. Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 124.

⁶⁰ Martín Contreras, AC 2004, Nr. 12, S. 1253 ff.; Álvarez San José, Poder de decisión de los acreedores en el concurso.

⁶¹ Zur Konkursöffnung allgemein Peiteado Mariscal, Declaración de concurso; Pulgar Ezquerro, Declaración del concurso de acreedores.

jeden Schuldners, gleich ob natürliche oder juristische Person, eröffnet werden (Art. 1 Abs. 1 LC). Ausdrücklich ausgenommen sind jedoch juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 1 Abs. 3 LC). Der Konkurs kann darüber hinaus auch über einen Nachlass eröffnet werden (Art. 1 Abs. 2 LC).

1. Konkursgründe

Das Konkursgesetz trifft zunächst eine sehr allgemeine Aussage, indem es als Grund für die Eröffnung eines Konkursverfahrens die Insolvenz des Gemeinschuldners nennt (Art. 2 Abs. 1 LC). Eine Konkretisierung folgt in Art. 2 Abs. 2 bis 4 LC, dem insgesamt drei verschiedene Konkursgründe zu entnehmen sind, gestaffelt nach der Ernsthaftigkeit der Lage: drohende Zahlungsunfähigkeit, gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit und „qualifizierte“ Zahlungsunfähigkeit⁶². Kein Konkursgrund ist hingegen die Überschuldung.

Drohende Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn der Schuldner vorhersehen kann, dass er nicht ordnungsgemäß und pünktlich seine Verbindlichkeiten bedienen kann (Art. 2 Abs. 3 S. 2 LC). Dies wird er aber meist nur anhand eines erst zu erstellenden Finanzplans tatsächlich erkennen können.

Gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten regelmäßig zu erfüllen (Art. 2 Abs. 2 LC)⁶³. Es muss sich hierbei um einen Zustand der Zahlungsunfähigkeit und nicht nur um eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsstockung handeln⁶⁴.

Bei der „qualifizierten“ Zahlungsunfähigkeit treten neben die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit äußere, besonders schwerwiegende Tatsachen hinzu, die in Art. 2 Abs. 4 LC abschließend aufgezählt sind. Stellt ein Gläubiger den Konkursantrag, sind folgende Sachverhalte von Bedeutung: der Schuldner hat die laufenden Zahlungen seiner Verpflichtungen im Allgemeinen eingestellt (Art. 2 Abs. 4 Nr. 1 LC); es bestehen Pfändungen anhängiger Vollstreckungen, die das Vermögen des Schuldners im Allgemeinen belasten (Art. 2 Abs. 4 Nr. 2 LC); der Schuldner hat eine Vollstreckungsvereitelung oder eine übereilte oder ruinöse Liquidation seiner Vermögensgüter herbeigeführt (Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 LC); der Schuldner ist im Allgemeinen seinen Zahlungsverpflichtungen von Steuerschulden, Sozialversicherungsbeiträgen, Löhnen, Abfindungen oder weiteren Forderungen von Arbeitnehmern der jeweils letzten drei Monate vor Stellung des Konkursantrages nicht nachgekommen (Art. 2 Abs. 4 Nr. 4 LC).

⁶² So Rojo Fernández-Rio, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 2, S. 167.

⁶³ Vgl. dazu auch die Ausführungen unter III. 1 zum notwendigen Konkurs (Art. 2 LC).

⁶⁴ Vgl. hierzu Rojo Fernández-Rio, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 2, S. 169.

Während bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit deren bloßes Vorliegen notwendig und ausreichend ist, muss bei den anderen beiden Konkursgründen der gegenwärtig bestehenden Zahlungsunfähigkeit eine äußere Tatsache hinzukommen, die die Zahlungsunfähigkeit offenbart. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Fällen der gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit liegt in der Person des Antragstellers. Differenziert wird danach, ob der Schuldner selbst oder ein anderer Antragsberechtigter den Konkursantrag stellt. Im Gegensatz zum Schuldner, der alle möglichen Tatsachen zur Offenlegung seiner Zahlungsunfähigkeit vorbringen kann (*numerus apertus*), sind die anderen Antragsberechtigten auf die vom Gesetz in Art. 2 Abs. 4 LC vorgesehenen Tatsachen beschränkt (*numerus clausus*)⁶⁵. Darüber hinaus führt das Vorliegen einer der dort genannten Tatsachen zu der widerlegbaren Vermutung, dass der Schuldner bzw. seine gesetzlichen Vertreter von diesem Zeitpunkt an Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit hatten (Art. 5 LC). Bedeutung kann dies insbesondere für eine etwaige spätere Schadensersatzpflicht haben. Das Gesetz versucht insofern mit den in Art. 2 LC aufgeführten Gründen eine Reihe objektiv überprüfbarer Kriterien aufzustellen.

2. Beantragung des Konkurses

Zur Beantragung eines Konkursverfahrens sind der Schuldner und grundsätzlich jeder seiner Gläubiger berechtigt (Art. 3 Abs. 1 LC). Das Gesetz unterscheidet hierbei zwischen notwendigem und freiwilligem Konkurs.

a) Freiwilliger Konkurs

Im Falle des freiwilligen Konkurses stellt der Konkurschuldner den Antrag selbst (Art. 6 LC). Er muss zugeben, dass er sich in einer Lage von unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Zahlungsunfähigkeit befindet (Art. 2 Abs. 3, Art. 6 LC), bei der es schwierig ist, die objektiven Voraussetzungen des Konkurses genau zu bestimmen. Wie bereits erwähnt, kann der Schuldner zur Offenlegung seiner gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit alle hierfür in Frage kommenden Tatsachen anführen. Stellt der Schuldner einen solchen Antrag, so bringt ihm dies sogar gewisse Vorteile, worauf später in B.III.1.a. noch näher eingegangen wird.

b) Notwendiger Konkurs

Beim notwendigen Konkurs beantragen die Gläubiger das Konkursverfahren (Art. 7 LC). Grundsätzlich ist jeder Gläubiger antragsberechtigt (Art. 3 Abs. 1 S. 1 LC). Davon ausge-

⁶⁵ Rojo Fernández-Rio, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 2, S. 167.

nommen sind nur diejenigen Gläubiger, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Antragstellung eine Forderung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und als Einzeltitel nach deren Fälligkeit erworben haben (Art. 3 Abs. 2 LC). Im Falle einer juristischen Person können auch die Gesellschafter, Mitglieder oder Partner, die nach den geltenden Gesetzen für deren Schulden persönlich haften, einen Antrag stellen (Art. 3 Abs. 3 LC).

Der Antrag auf Konkurseröffnung muss hierbei entweder auf einen Titel des Gläubigers gestützt werden, durch den die Vollstreckung angeordnet worden ist, ohne dass bei dieser ausreichend verwertbares Vermögen vorgefunden wurde, oder auf einen der in Art. 2 Abs. 4 LC geregelten Sachverhalte. Der Konkursantrag eines Gläubigers kann sich daher nur auf eine gegenwärtige „qualifizierte“ Zahlungsunfähigkeit richten, nicht dagegen auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit.

Der Gläubiger, der den Konkurs beantragt, muss angeben, kraft welchen Rechtsanspruchs er den Konkurs beantragt, und er muss die dazugehörigen Unterlagen beifügen (Art. 7 Abs. 1 S. 1 LC). Zudem muss er beweisen, dass sich der Konkursschuldner in einer der in Art. 2 Abs. 4 LC genannten Situationen befindet. Er muss Beweismittel beibringen, die das Vorliegen dieser Voraussetzungen darlegen, kann sich dabei aber nicht allein auf den Zeugenbeweis stützen (Art. 7 Abs. 2 S. 2 LC). In der Praxis kann dies zu Problemen führen, da es für den Gläubiger in vielen Fällen schwierig sein dürfte, die erforderlichen Beweismittel beizubringen⁶⁶. Problematisch erscheint insbesondere die Ermittlung des genauen Zeitpunkts, an dem der Schuldner allgemein seine Zahlungen eingestellt hat, und nicht nur eine kurzfristige Zahlungsstockung vorliegt. Darüber hinaus wird die Beweisproblematik dazu führen, dass der richtige, d.h. optimale Zeitpunkt einer Konkurseröffnung nicht erreicht werden kann, so dass wegen des Zeitverlusts vielfach nicht mehr ausreichend Masse vorhanden sein wird⁶⁷. Die Befürchtung, dass ein notwendiger Konkurs in der Praxis nicht nur selten durchgeführt werden würde, sondern auch noch seltener erfolgreich für die Gläubiger verlaufen würde, findet daher bereits

⁶⁶ Eingehend Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 116, 117, der aufgrund dieser Schwierigkeiten für den Gläubiger statt der derzeitigen Fassung des Art. 2 Abs. 4 LC die Fassung des Art. 2 Abs. 2 der „Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal“ aus dem Jahr 1995 vorschlägt. Diese erleichterte dem Gläubiger die Beweisführung zur Insolvenz eines Schuldners. Die Insolvenz wird dort als Zustand bezeichnet, in dem der Schuldner „por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones“ (mangels eigener Sachen oder mangels Kredits, nicht mehr in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten pünktlich zu erfüllen). Diese Definition ähnelt insofern derjenigen im portugiesischen Konkursgesetz von 1993 (*Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, Art. 3) bzw. auch derjenigen im englischen Recht seit dem *Insolvency Act* von 1986.

⁶⁷ So Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 115.

in den zuvor dargestellten Zahlen der Konkursverfahren Bestätigung (vgl. hierzu in diesem Kapitel A.IV. Tabelle)⁶⁸.

3. Konkurseröffnungsbeschluss und Bekanntmachung

Der Konkurseröffnungsbeschluss enthält eine Reihe von Entscheidungen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 1-8 LC), unter anderem, ob es sich um einen notwendigen oder freiwilligen Konkurs handelt (Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 LC), die Wirkungen des Konkurses bezüglich der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gläubigers (Art. 21 Abs. 1 Nr. 2 LC), gegebenenfalls die vom Konkursrichter für notwendig erachteten einstweiligen Maßnahmen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 LC), die Aufforderung an die Gläubiger, ihre Forderungen bei der Konkursverwaltung innerhalb einer Frist von einem Monat nach der letzten im Eröffnungsbeschluss festgelegten Bekanntmachung anzumelden (Art. 21 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 LC) und die Bekanntmachung der Konkursöffnung (Art. 21 Abs. 1 Nr. 6).

Die Bekanntmachung der Konkursöffnung und der weiteren Mitteilungen kann durch Datenfernübertragung, auch elektronischer Art, erfolgen (Art. 23 Abs. 1 LC). Die Konkursöffnung wird im spanischen Staatsanzeiger (*Boletín Oficial del Estado*) bekannt gegeben und daneben in der Tageszeitung, die in der Provinz, in der sich die Hauptinteressen des Konkursschuldners konzentrieren bzw. in der er seinen Wohnsitz oder Sitz hat, am weitesten verbreitet ist (Art. 23 Abs. 1 S. 2 LC). Der Richter kann darüber hinaus weitere Mittel der Bekanntmachung festlegen, wenn er dies für erforderlich hält (Art. 23 Abs. 2 LC). Darüber hinaus wird die Konkursöffnung in den Personenregistern, entsprechend der jeweiligen Rechtsnatur des Schuldners (Art. 24 Abs. 1 bis 3 LC), und in den Sachregistern, in denen Sachen des Schuldners erfasst sind, eingetragen (Art. 24 Abs. 4 LC) (vgl. hierzu auch im 5. Kapitel B.XII.).

4. Einstweilige Maßnahmen zum Schutz der Konkursmasse

Bereits vor der Konkursöffnung hat der Konkursrichter die Möglichkeit, einstweilige Maßnahmen zum Schutz der Konkursmasse anzuordnen (Art. 17 LC). Beantragt ein hierzu berechtigter Gläubiger die Einleitung eines notwendigen Konkurses, kann der Konkursrichter bei der Zulassung zur Weiterbearbeitung dieses Antrages einstweilige Maßnahmen ergreifen, die er zur Sicherung des Schuldnervermögens für notwendig erachtet (Art. 17 Abs. 1 LC). Hierbei kann er sich der im spanischen Zivilprozessgesetz (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) geregelten einstweiligen Maßnahmen bedienen (Art. 17 Abs. 1 a.E. LC i.V.m. Art. 721 ff., 727

⁶⁸ Von den Konkursverfahren in der Zeit von Sept. 2004 bis zum ersten Quartal 2006 waren durchschnittlich 87 % der Verfahren freiwillige Konkurse, wohingegen nur 13 % notwendige Konkurse waren.

LEC), wie z.B. der vorläufigen Beschlagnahme der Sachen des Schuldners (Art. 727 Nr. 1 LEC), der einstweiligen Anordnung bzw. der gerichtlichen Vermögensverwaltung von Produktionsgütern (Art. 727 Nr. 2 LEC) oder der Hinterlegung beweglicher Sachen (Art. 727 Nr. 3 LEC). Der Richter kann eine Sicherheitsleistung vom Antragsteller verlangen, die für möglicherweise auftretende Schäden und Nachteile für das Schuldnervermögen haftet, wenn der Antrag auf Konkurseröffnung abgewiesen wird (Art. 17 Abs. 2 LC).

III. Wirkungen der Konkurseröffnung

Ist der Konkurs eröffnet, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dieser Umstand auf den Schuldner, die Gläubiger, bestehende Verträge und auf die Masse schädigende Handlungen hat. Das Konkursgesetz befasst sich mit dieser Thematik im dritten Hauptabschnitt („Título III“, Art. 40 bis 73 LC)⁶⁹.

1. Folgen für den Konkurschuldner

Im Vergleich zur alten Rechtslage wurden die Wirkungen der Konkurseröffnung auf den Konkurschuldner generell entschärft und solche mit repressivem Charakter abgeschafft⁷⁰. Die Konkurseröffnung verursacht daher nur noch solche Wirkungen, die einem normalen Verlauf des Konkursverfahrens dienlich sind⁷¹. Dem Konkursrichter wird hierbei die Kompetenz eingeräumt, die Wirkungen abzustufen und sie an die konkreten Umstände des Einzelfalles anzupassen⁷². Folgen der Konkurseröffnung, die sich auf die Grundrechte und Freiheitsrechte des Konkurschuldners wie etwa auf das Postgeheimnis, die freie Wohnsitzwahl und die Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit erstrecken, sind im *Ley Orgánica para la Reforma Concursal* geregelt⁷³.

a) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist grundsätzlich an die Differenzierung zwischen freiwilligem und notwendigem Konkurs gekoppelt. Beim freiwilligen Konkurs behält der Schuldner die Befugnis, über sein Vermögen zu verfügen, bedarf hierfür aber der Zustimmung der Konkursverwalter (Art. 40 Abs. 1 LC). Beim notwendigen Konkurs hin-

⁶⁹ Mairata Laviña, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, S. 275 ff.

⁷⁰ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

⁷¹ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

⁷² Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

⁷³ Vgl. Art. 1 der *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901 ff.

gegen verliert der Schuldner die Verfügungsbefugnis. Sie geht vollständig auf die Konkursverwalter über (Art. 40 Abs. 2 LC). Der Konkursrichter kann allerdings von dieser Grundregel abweichen, wenn er dies für erforderlich erachtet und seine Entscheidung genauer begründet (Art. 40 Abs. 3 LC). Ebenso kann er auf Antrag der Konkursverwaltung und nach Anhörung des Schuldners neu über die Verfügungsbefugnis entscheiden (Art. 40 Abs. 4 LC). Nimmt der Schuldner trotz des Entzuges oder der Einschränkung der Befugnisse Verfügungen vor, können diese nur vom Konkursrichter aufgehoben werden (Art. 40 Abs. 7 LC). Die Konkursverwaltung kann einen dafür notwendigen Antrag nur dann stellen, wenn sie der Verfügung nicht zugestimmt hat⁷⁴. Verfügungen, deren Aufhebung nicht beantragt wurde, bleiben daher wirksam. Die Eintragung in ein öffentliches Register, wie etwa das Grundbuch, ist aber nur möglich, wenn die Zustimmung der Konkursverwalter oder das Fehlschlagen eines Aufhebungsantrags nachgewiesen wird (Art. 40 Abs. 7 a.E. LC).

b) Mitwirkungs- und Informationspflichten

Der uneingeschränkten Mitwirkungs- und Auskunftspflicht unterliegen neben dem Konkursschuldner selbst auch alle anderen Personen, die dem Schuldner im Moment der Konkursöffnung oder in den zwei Jahren davor als Verwalter, Liquidatoren oder Bevollmächtigte zur Seite standen (Art. 42 LC). Den Konkursorganen, d.h. der Konkursverwaltung und dem Konkursrichter, sind die geforderten Informationen zu übermitteln und sie sind bei der Erhaltung und Verwaltung der Aktivmasse zu unterstützen⁷⁵. Jeder Ladung des Konkursrichters oder der Konkursverwaltung ist nachzukommen.

c) Veräußerungs- und Belastungsverbot

Die Erhaltung der Masse ist Grundvoraussetzung für ein erfolgreiches Insolvenzverfahren. Während des Verfahrens, d.h. bis zur Verfahrensbeendigung durch Vergleich oder Abwicklung, besteht daher das Verbot, außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs Massegegenstände ohne Ermächtigung des Richters zu veräußern oder zu belasten (Art. 43 Abs. 2 LC).

d) Fortführung des Geschäftsbetriebes

Das Bestreben des spanischen Gesetzgebers, die Weiterführung eines insolvent gewordenen Unternehmens nicht durch das Konkursverfahren behindern zu wollen und dessen Erhalt da-

⁷⁴ Werden die Konkursverwalter von einem Gläubiger oder Vertragsgegner aufgefordert, sich zu einer Genehmigung oder Bestätigung bezüglich einer vom Schuldner vorgenommenen Verfügung zu äußern, können sie die Aufhebung nur noch binnen Monatsfrist beantragen (Art. 40 Abs. 7 LC).

⁷⁵ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

mit zu fördern, kommt in der Regelung des Art. 44 LC deutlich zum Ausdruck. Hiernach unterbricht die Eröffnung des Konkursverfahrens grundsätzlich nicht den Geschäftsbetrieb des Schuldners (Art. 44 Abs. 1 LC). Ein Schuldner, der einem Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis unterliegt, kann bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Konkursverwalter ihr Amt annehmen, die für die Fortführung des Geschäftsbetriebes unerlässlichen Handlungen vornehmen, soweit sie marktüblich sind und soweit der Richter im Rahmen von Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nichts anderes bestimmt hat (Art. 44 Abs. 2 S. 2 LC). Sobald die Konkursverwalter ihr Amt angenommen haben, können sie die für die Fortführung des Geschäftsbetriebs notwendigen Handlungen katalogartig vom Zustimmungsvorbehalt ausnehmen (Art. 44 Abs. 2 S. 1 LC). Wurde dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis völlig entzogen, obliegt die Konkursverwaltung der gesetzlichen Fortführungspflicht des Geschäftsbetriebes (Art. 44 Abs. 3 LC). Ausnahmsweise kann der Richter auf Antrag der Konkursverwaltung und nach Anhörung des Schuldners und der Arbeitnehmervertreter den Geschäftsbetrieb ganz oder teilweise einstellen (Art. 44 Abs. 4 LC).

e) Buchführungspflichten

Der Schuldner ist gesetzlich dazu verpflichtet, der Konkursverwaltung sämtliche Geschäftsbücher zur Verfügung zu stellen (Art. 45 Abs. 1 LC). Ist ihnen die Verwaltungsbefugnis nicht entzogen worden, haben sie unter Aufsicht der Konkursverwalter den Jahresabschluss aufzustellen (Art. 46 Abs. 2 LC). Andernfalls müssen die Konkursverwalter den Jahresabschluss selbst aufstellen (Art. 46 Abs. 2 a.E. LC). Obligatorisch ist hierbei nur die Prüfung des ersten Jahresabschlusses nach der Verfahrenseröffnung, es sei denn, es handelt sich bei dem Schuldner um eine börsennotierte oder um sonst eine einer öffentlichen Aufsicht unterliegende Gesellschaft (Art. 46 Abs. 1 LC).

f) Folgen für eine juristische Person als Schuldner

Besondere Aufmerksamkeit schenkt das Konkursgesetz den Voraussetzungen der Konkursöffnung über das Vermögen einer juristischen Person und deren Wirkungen⁷⁶. Die Gesellschaftsorgane des Schuldners bleiben während des Verfahrens mit den genannten funktionalen Begrenzungen bestehen (Art. 48 Abs. 1 S. 1 LC). Den Konkursverwaltern ist die Teilnahme an den Sitzungen der Kollegialorgane mit einem Rederecht möglich (Art. 48 Abs. 1 S. 2 LC). Bei Klagen gegen die Verwalter, Liquidatoren oder Abschlussprüfer des Schuldners

⁷⁶ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

sind neben dem Schuldner auch die Konkursverwalter klagebefugt (Art. 48 Abs. 2 LC). Der Konkursrichter kann bei unzureichender Masse und Hinweisen auf ein schuldhaftes Herbeiführen des Konkurses von Amts wegen oder auf Antrag der Konkursverwalter Vermögensgegenstände derjenigen Personen pfänden, die Verwalter oder Liquidator des Schuldners sind oder dies in den letzten zwei Jahren vor Verfahrenseröffnung waren (Art. 48 Abs. 3 LC). Die Konkursverwaltung kann die Erbringung von Einlagen und Nebenleistungen sowohl bezüglich des Zeitpunkts als auch bezüglich des Umfangs bestimmen und von den Gesellschaftern des Schuldners verlangen (Art. 48 Abs. 4 LC).

Im Vergleich zum alten Recht sind die Wirkungen für die Gesellschafter einer insolventen Gesellschaft, für deren Schulden die Gesellschafter subsidiär haften, neu geregelt worden. So ist ab der Annahme des Vergleichs oder ab der Eröffnung der Liquidationsphase die Konkursverwaltung ausschließlich für die jeweils vorzunehmenden Handlungen zuständig. Hierdurch wird nicht nur eine automatische Ausdehnung des Konkurses auf Personen vermieden, die trotz ihrer Haftung für die Gesellschaft noch solvent sein könnten, sondern auch Einzelklagen der Gläubiger gegen die Gesellschafter, die den Verlauf des Konkursverfahrens stören würden⁷⁷.

2. Folgen für die Gläubiger

Auch die Wirkungen der Konkurseröffnung für die Gläubiger wurden bei der Neugestaltung des spanischen Konkursrechts nach Kriterien der Funktionalität geregelt⁷⁸. Dabei wird jedem Gläubiger des Schuldners – gleich, ob es sich um einen einfachen handelt oder nicht, gleich welcher Nationalität oder welchen Wohnsitzes – vom Gesetz das Recht bewilligt, dass seine Verbindlichkeit der Passivmasse angehört, es sei denn es handelt sich um eine gesetzlich festgelegte Ausnahme (Art. 49 LC).

⁷⁷ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁷⁸ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

a) Neue Passiv- und Aktivverfahren

Ab Eröffnung des Konkursverfahrens dürfen die Gerichte der Zivil- und der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Passivklagen mehr annehmen, für die nach dem Konkursgesetz ausschließlich der Konkursrichter zuständig ist (Art. 50 LC). Bei Klagen, über die bereits verhandelt wurde, sind die Verfahren einzustellen. Alle bereits durchgeführten Verfahrenshandlungen sind unwirksam. Die Einstellung der Verfahren beruht auf Gesichtspunkten der Funktionalität und stellt hierbei eine natürliche Konsequenz der Eingliederung der Gläubiger in die Passivmasse des Konkurses dar⁷⁹. In Verfahren vor den übrigen Gerichtsbarkeiten ist die Konkursverwaltung als Partei zu beteiligen, wenn die Verfahren Auswirkungen auf die Masse haben könnten.

Neue Aktivverfahren richten sich nach der Grundregel zur Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis: Sind die Befugnisse vollständig auf die Konkursverwaltung übergegangen, entscheidet diese auch über die Erhebung von Klagen (Art. 54 Abs. 1 LC). Sind sie dem Schuldner nicht entzogen worden, so kann er selbst Klage erheben, bedarf aber der Zustimmung der Insolvenzverwaltung (Art. 54 Abs. 2 S. 1 LC). Bleibt der Schuldner untätig, kann sich die Konkursverwaltung vom Konkursrichter ermächtigen lassen, selbst Klage zu erheben (Art. 54 Abs. 2 S. 2 LC).

b) Bereits anhängige Verfahren

Die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits anhängigen Prozesse in Zivil- und Sozialsachen sowie verwaltungsgerichtliche und strafrechtliche Streitigkeiten, die das Vermögen des Schuldners betreffen, bleiben unberührt⁸⁰ und werden bis zum Eintritt der Rechtskraft fortgesetzt (Art. 51 Abs. 1 S. 1 LC). Der Konkursrichter kann die in der ersten Instanz verhandelten Prozesse wegen ihrer wesentlichen Bedeutung für die Massebestimmung an sich ziehen, wenn sie in seine Zuständigkeit fallen (Art. 51 Abs. 2 S. 2 LC).

Die Prozessführungsbefugnis hängt wiederum von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners ab. Ist sie ihm entzogen, geht sie in bereits anhängigen Verfahren auf die Konkursverwaltung über (Art. 51 Abs. 2 LC). Andernfalls behält er die Prozessführungsbefugnis. Die Prozessvertretung durch einen Rechtsanwalt und *procurador* (Prozessvertreter) bleibt hiervon unberührt (Art. 51 Abs. 2 S. 3 LC). Prozessbeendende Maßnahmen wie Klagerücknahme, Anerkenntnis oder Vergleich bedürfen im Falle der Konkursverwaltung der Er-

⁷⁹ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁸⁰ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

mächtigung durch den Konkursrichter (Art. 51 Abs. 2 LC), im Falle des Schuldners der Ermächtigung durch die Konkursverwaltung (Art. 51 Abs. 3 LC).

c) Vollstreckungsverfahren und weitere Bestimmungen

Ab der Konkurseröffnung sind neue Einzelzwangsvollstreckungen gerichtlicher oder außergerichtlicher Art unzulässig (Art 55 LC). Anhängige Verfahren mit vollstreckungsrechtlichem Charakter, d.h. auch Verwaltungszwang und Steuereintreibung, werden ausgesetzt⁸¹ (Art. 55 Abs. 1 S. 1 LC). Bestimmte verwaltungs- und arbeitsrechtliche Vollstreckungsverfahren dürfen aber ausnahmsweise fortgeführt werden (Art. 55 Abs. 1 S. 2 LC). Bereits eingeleitete gewöhnliche Vollstreckungsverfahren werden ab der Konkurseröffnung ausgesetzt (Art 55 Abs. 2 LC). Hiervon ausgenommen sind jedoch Vollstreckungsklauseln, die vor der Konkurseröffnung erteilt wurden.

Die Vollstreckung dinglicher Sicherheiten erfährt hierbei eine Sonderbehandlung⁸² (vgl. hierzu ausführlich im 4. Kapitel B.). Nach altem Recht konnte der Gläubiger einer dinglichen Sicherheit auch während des Insolvenzverfahrens abgesondert in die belastete Sache des Konkurschuldners vollstrecken⁸³. Das Konkursgesetz ordnet nunmehr aber auch für die Gläubiger einer Hypothek oder eines Pfandrechts die Aussetzung bzw. das Ruhen der Vollstreckung für die Zeit von maximal einem Jahr ab der Konkurseröffnung an⁸⁴, wenn hiervon Sachen des Konkurschuldners betroffen sind, die seine berufliche oder unternehmerische Tätigkeit oder eine seiner Produktionseinheiten betreffen (Art. 56 Abs. 1 LC). Nur in bestimmten Konstellationen ist es ausnahmsweise möglich, schon vor Ablauf dieser Frist zu einer Befriedigung zu gelangen. So etwa, wenn im Zeitpunkt des Konkurseröffnungsbeschlusses die Bekanntmachung der Versteigerung der betroffenen Sache oder des betroffenen Rechts bereits stattgefunden hat, und die Vollstreckung nicht in Sachen oder Rechte erfolgt, die zur Fortführung der Berufs- oder Unternehmertätigkeit des Schuldners erforderlich sind (Art. 56 Abs. 2 S. 2 LC). Eine weitere Ausnahme wird vom Gesetz dann gemacht, wenn der Konkurschuldner Erwerber einer mit einer dinglichen Sicherheit belasteten Sache, d.h. ein so genannter Drittbesitzer der Sache ist (Art. 56 Abs. 4 LC). Zudem kann die Konkursverwaltung die in Art. 155 Abs. 2 LC aufgeführten Möglichkeiten wahrnehmen. Sind die von der dinglichen Sicherheit belasteten Sachen nicht von der beruflichen oder unternehmerischen

⁸¹ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁸² Vgl. hierzu insbesondere Meyer, ZfIR 2004, S. 971 ff.

⁸³ Schröder, RIW 2004, S. 610, 612; dies., INF 2000, S. 93, 98.

⁸⁴ Die Frist von einem Jahr muss nicht erreicht werden, denn der Gläubiger einer dinglichen Sicherheit kann bereits nach Erzielen eines Vergleichs oder nach Einleitung der Liquidation wieder aus seiner Sicherheit vorgehen (Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC).

Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen, können die dinglich gesicherten Gläubiger aber weiterhin aus ihrer Sicherheit vorgehen⁸⁵.

Darüber hinaus werden während des Konkursverfahrens die Schiedsklauseln ausgesetzt (Art. 52 Abs. 1 LC), bereits anhängige Schiedsverfahren aber fortgesetzt (Art. 52 Abs. 2 LC). Zudem ist die Aufrechnung mit Masseverbindlichkeiten ausgeschlossen (Art. 58 LC). Etwas anderes gilt nur, wenn die Aufrechnungslage schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens bestand. Auch der Zinslauf der gesetzlichen und vertraglichen Zinsen wird ab dem Konkurs-eröffnungsbeschluss ausgesetzt (Art. 59 Abs. 1 LC), mit Ausnahme der auf die dinglich gesicherten Forderungen entfallenden Zinsen, die bis zum Betrag der jeweiligen Sicherung fällig sind. (Art. 59 Abs. 1 S. 1 LC). Die Verjährung der Klagen gegen den Schuldner wegen zeitlich vor dem Konkurseröffnungsbeschluss entstandener Forderungen werden vom Konkurs-eröffnungsbeschluss an bis zur Konkursbeendigung unterbrochen (Art. 60 Abs. 1 LC). Die Verjährung beginnt ab dem Zeitpunkt der Konkursbeendigung von neuem zu laufen (Art. 60 Abs. 3 LC).

3. Auswirkungen auf bestehende Verträge

Bei der Reformierung des spanischen Insolvenzrechts wurde darüber hinaus besonderes Augenmerk auf die Auswirkungen der Konkurseröffnung auf Verträge gelegt, da dieser Bereich im alten Insolvenzrecht völlig unzureichend geregelt war. Die neuen Regelungen gehören daher zu den gänzlich originären Bestimmungen des Konkursgesetzes⁸⁶.

a) Gegenseitige Verträge

Hat eine der Parteien im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ihre vertraglichen Pflichten bereits vollumfänglich erfüllt, wird die Gegenleistung entweder zur Masseforderung oder zur Masseverbindlichkeit – in Abhängigkeit davon, ob der Schuldner oder die andere Vertragspartei erfüllt hat (Art. 61 Abs. 1 LC).

Die Konkurseröffnung selbst lässt die Wirksamkeit gegenseitiger Verträge, bei denen noch keine der Parteien vollständig erfüllt hat, unberührt (Art. 61 Abs. 2 S. 1 LC). Leistungen, zu denen der Schuldner verpflichtet ist, erfolgen zu Lasten der Masse (Art. 61 Abs. 2 S. 2 LC)⁸⁷. Dennoch ist es der Konkursverwaltung oder dem Schuldner, wenn ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht entzogen wurde, möglich, die Aufhebung des Vertrages zu bean-

⁸⁵ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56S. 1043; *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6.

⁸⁶ Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁸⁷ *Martínez*, NZI 2004, S. 72, 77.

tragen, wenn dies im Interesse des Verfahrens sinnvoll erscheint (Art. 61 Abs. 2 S. 3 LC). Der Richter gibt daraufhin dem Schuldner, der Konkursverwaltung und der anderen Vertragspartei Gelegenheit zur Einigung (Art. 61 Abs. 2 S. 4 LC). Kommt eine solche nicht zustande, entscheidet der Richter über die Aufhebung des Vertrages und deren Modalitäten, wie auch über eine zu Lasten der Masse gehende Entschädigung der anderen Vertragspartei (Art. 61 Abs. 2 S. 5 LC).

Vertragliche Klauseln, die den Parteien eines gegenseitigen Vertrages allein aufgrund der Konkurseröffnung über das Vermögen eines der beiden Vertragspartner das Recht zur Aufhebung oder Kündigung des gegenseitigen Vertrages geben, sind nichtig (Art. 61 Abs. 3 LC). Das Recht der Vertragsparteien zur Vertragsaufhebung wegen späterer Nichterfüllung bleibt von der Konkurseröffnung aber unberührt (Art. 62 Abs. 1 S. 1 LC). Bei Dauerschuldverhältnissen kann der Vertrag auch dann aufgehoben werden, wenn die Nichterfüllung bereits vor der Verfahrenseröffnung erfolgte (Art. 62 Abs. 1 S. 2 LC). Zur Aufhebung des Vertrages ist der Konkursrichter anzurufen (Art. 62 Abs. 2 LC). Dieser kann die Aufhebung zurückweisen, wenn er die Erfüllung des Vertrages durch die Parteien im Interesse des Verfahrens für sinnvoll hält (Art. 62 Abs. 3 LC).

b) Arbeitsverträge

Wie bereits angesprochen fallen nunmehr auch arbeitsrechtliche Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Konkursrichters. Aus Gründen der Einheitlichkeit des Verfahrens gehören diese Sachen wegen ihrer Bedeutung für die schuldnerische Vermögenslage in die Hand des Konkursrichters und nicht in ein vom Konkursverfahren getrenntes Verfahren. Die entsprechenden Normen des Konkursgesetzes wurden hierbei mit dem geltenden materiellen Arbeitsrecht in Einklang gebracht⁸⁸.

Bereits beim Überfliegen des Art. 64 LC wird deutlich, dass die Regelung zu den Folgen der Konkurseröffnung für Arbeitsverträge mit ihren elf Absätzen sehr komplex und kompliziert geraten ist⁸⁹. Die Zuständigkeit für Entscheidungen über wesentliche betriebliche Änderungen und die Suspendierung und Aufhebung von Arbeitsverträgen wechselt ab dem Moment der Vorlage des Konkursantrages auf den Konkursrichter (Art. 64 Abs. 1 LC). Bei diesem können dann die Konkursverwaltung, der Schuldner oder die Arbeitnehmer des Schuldners durch ihre gesetzlichen Vertreter wesentliche betriebliche Änderungen oder die kollektive Aussetzung oder Aufhebung der mit dem Schuldner geschlossenen Arbeitsverträge beantragen (Art. 64

⁸⁸ Vgl. Begründung des Konkursgesetzes III, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁸⁹ Vgl. hierzu auch *Ríos Salmeron*, AL 2003, Nr. 21, S. 384 ff.

Abs. 2 LC). Nach einem komplizierten Anhörungsverfahren (Art. 64 Abs. 5, 6 LC) kann der Konkursrichter die jeweiligen Maßnahmen im Beschlusswege erlassen (Art. 64 Abs. 7 LC). Während des Insolvenzverfahrens berechtigen wesentliche betriebliche Änderungen den Arbeitnehmer nicht dazu, den Vertrag unter Beibehaltung seines Abfindungsanspruchs zu kündigen (Art. 64 Abs. 9 LC).

Die Regelung für Führungskräfte (*personal de alta dirección*) ist rigoroser (Art. 65 LC). So kann die Konkursverwaltung während des laufenden Konkursverfahrens die Verträge mit Führungskräften entweder aus eigener Initiative oder auf Antrag des Schuldners und ohne Einschaltung des Konkursrichters aufheben oder aussetzen (Art. 65 Abs. 1 LC). Wird ein Vertrag ausgesetzt, kann ihn die Führungskraft unter Beibehaltung ihres Abfindungsanspruchs kündigen (Art. 65 Abs. 2 LC). Im laufenden Konkursverfahren gelten indes die vertraglichen Regelungen zur Höhe des Abfindungsanspruchs nicht, so dass der Konkursrichter die Höhe der Abfindung herabsetzen kann. Grenze ist das gesetzlich für eine Massenkündigung vorgesehene Minimum eines Abfindungsanspruchs (Art. 65 Abs. 3 LC).

c) Sonstige Verträge

Die Konkursverwaltung kann bestimmte Verträge nachträglich erfüllen, um Schaden von dem Verfahren abzuwenden. Sie kann z.B. ausstehende Zahlungen auf Kreditverbindlichkeiten nachholen und so eine schon erfolgte Gesamtfälligestellung nachträglich verhindern (Art. 68 LC). Ratenzahlungsvereinbarungen können von der Konkursverwaltung wiederhergestellt werden, wenn die vom Schuldner nicht gezahlten und daher noch ausstehenden Raten aus der Masse bezahlt werden (Art. 69 LC). Ebenso kann die Konkursverwaltung Räumungsklagen abwenden, indem sie die ausstehenden Mieten aus der Masse bezahlt (Art. 70 LC).

4. Anfechtung

Das Konkursgesetz trifft eine neue Entscheidung zu der schwierigen Frage, ab welchem Zeitpunkt sich die Wirkungen des Konkurses auch auf Handlungen des Schuldners erstrecken, die aufgrund ihrer zeitlichen Nähe zur Konkurseröffnung verdächtig sind. Das nach altem Recht geltende heftig kritisierte System der *retroacción de la quiebra*⁹⁰, der Rückwirkung des Konkurses, wurde durch die neuen Anfechtungsregelungen⁹¹ ersetzt und abgeschafft (vgl. zur *retroacción* auch im 1. Kapitel B.II.). Nunmehr können nur noch Rechtshandlungen, die ma-

⁹⁰ Gordillo Cañas, AC 2003-II, 413 ff.; Sancho Gargallo, La retroacción de la quiebra.

⁹¹ Zur Anfechtung allgemein auch Carballo Piñeiro, Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional, 2005; Linacero de la Fuente, Acciones de reintegración en la Ley Concursal; Rivera Fernández, Reintegración y concurso de acreedores.

ximal zwei Jahre vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden, angefochten werden, so dass der zeitliche Rahmen festgelegt ist und nicht mehr im Ermessen des Richters liegt.

Die Konkursverwaltung und subsidiär auch die Gläubiger können daher Rechtshandlungen des Schuldner, die innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden, und die zu einem Vermögensnachteil zulasten der Masse geführt haben (Art. 71 Abs. 1 LC), anfechten⁹². Auf eine betrügerische Absicht des Schuldners kommt es für die Anfechtung nicht an (Art. 71 Abs. 1 a.E. LC). In einigen Fällen stellt das Konkursgesetz Vermutungsregeln für das Vorliegen eines Vermögensnachteils für die Masse auf, in den übrigen Fällen muss der Nachteil von demjenigen nachgewiesen werden, der die Anfechtung anstrengt (Art. 72 Abs. 4 LC). Unwiderlegbar wird ein Nachteil bei Schenkungen und der Erfüllung von Ansprüchen vermutet, die erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens fällig sind (Art. 71 Abs. 2 LC). Widerlegbar vermutet wird der Vermögensnachteil bei Leistungsbeziehungen zu einer dem Schuldner nahe stehenden Person (Art. 71 Abs. 3 Nr. 1 LC) und bei der Bestellung dinglicher Sicherheiten für Altverbindlichkeiten (Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC), so dass ein Gegenbeweis zulässig ist. Die Anfechtung erfolgt in einem Konkurszwischenverfahren (*incidente concursal*, Art. 72 Abs. 3 LC). Eine erfolgreiche Anfechtung hat die Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung zur Folge und führt zur Rückerstattung der Leistungen, die Gegenstand der angefochten Handlung waren, einschließlich deren Nutzen und Zinsen (Art. 73 Abs. 1 LC). Dritterwerber von Sachen und Rechten, die von der Anfechtung betroffen sind, werden nach den Regeln des gutgläubigen Erwerbs geschützt, d.h. nach Vorschriften, nach denen das Eigentum nicht herausgefordert werden kann, oder registerrechtlichen Bestimmungen (Art. 73 Abs. 2 LC). Der an dem ungültigen Rechtsgeschäft Beteiligte wird jedoch dazu verurteilt, den Wert der Sache oder des Rechts zum Zeitpunkt des Eigentumsüberganges zu ersetzen (Art. 73 Abs. 2 LC)⁹³. War der Dritterwerber bösgläubig, hat er die Gesamtheit der Schäden und Nachteile zu ersetzen, die der Aktivmasse durch das ungültige Rechtsgeschäft entstanden sind (Art. 73 Abs. 2, 2. HS LC).

⁹² Díaz Martínez, La Ley 2002 – V, D-225, S. 1816 ff.; Martínez Gutiérrez, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, S. 1 ff.

⁹³ Hierzu ausführlich García-Cruces, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18. September 2003, S. 3 ff.; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 853 f.; Martínez Gutiérrez, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. Januar 2004, S. 1, 3.

IV. Bestimmung der Aktiv- und Passivmasse

Die Vorschriften zur Bestimmung der Aktiv- und Passivmasse sind im vierten Hauptabschnitt des neuen Konkursgesetzes (*Título IV*) geregelt.

1. Aktivmasse

Die Aktivmasse des Konkursschuldners setzt sich aus der im Moment der Konkurseröffnung bestehenden Gesamtheit der Vermögensgüter, den Rechten und Ansprüchen des Konkursschuldners sowie aus denjenigen Sachen und Rechten zusammen, die aufgrund einer Anfechtung (Art. 71 ff. LC) wiedererlangt bzw. bis zum Abschluss des Verfahrens erworben worden sind (Art. 76 Abs. 1 LC). Da zur Insolvenzmasse nur Vermögen des Schuldners gehört, fallen aus der Aktivmasse solche Sachen heraus, die nicht im Eigentum des Konkursschuldners stehen. Diese werden von der Konkursverwaltung auf Antrag der Eigentümer an diese übergeben (Art. 80 LC). Auch die Inhaber von Sicherheiten an Schiffen und Flugzeugen können diese Sachen von der Aktivmasse absondern (Art. 76 Abs. 3 LC).

Handelt es sich bei dem Konkursschuldner um eine verheiratete Person, gehören zur Aktivmasse nur die in seinem Eigentum stehenden Sachen (Art. 77 Abs. 1 LC). Ob daneben auch Ehesachen in die Aktivmasse fallen, richtet sich nach dem ehelichen Güterstand des Konkursschuldners (Art. 77 Abs. 2 LC)⁹⁴. Die Konkursverwaltung erstellt dann in kürzest möglicher Zeit ein Verzeichnis, das die Liste und die Bewertung der Sachen und Rechte des Konkursschuldners enthält, die bis zum Tage des Abschlusses die Konkursmasse bilden (Art. 82 LC). Zur Bewertung der Sachen und Rechte kann die Konkursverwaltung auch unabhängige Experten heranziehen, wenn sie dies für erforderlich hält (Art. 83 LC). Die ebenfalls von der Konkursverwaltung zu erstellende Gläubigerliste enthält eine Aufstellung der anerkannten Gläubiger und eine Liste der ausgeschlossen Gläubiger sowie eine weitere separate Liste der gesetzlich als Forderungen gegen die Masse bewerteten Forderungen⁹⁵. Die Konkursverwaltung muss sich zur Aufnahme aller Forderungen, die in dem Verfahren bekannt geworden sind, äußern, d.h. sowohl über die frist- und formgerecht angemeldeten Forderungen als auch über die Forderungen, die aus den Büchern und Unterlagen des Schuldners hervorgegangen oder aus einem anderen Grund im Konkurs bekannt geworden sind⁹⁶.

⁹⁴ Bei einer Zugewinnngemeinschaft oder sonstigen Gütergemeinschaft werden der Zugewinn und das Gesamtgut der Aktivmasse zugerechnet, wenn sie für Verbindlichkeiten des Konkursschuldners haften (Art. 73 Abs. 2 S. 1 LC).

⁹⁵ Vgl. Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E., Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁹⁶ Vgl. Begründung des Konkursgesetzes IV, B.O.E., Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

2. *Passivmasse*

a) *Forderungen gegen die Masse*

Die Passivmasse bestimmt sich in Abgrenzung zu den Forderungen gegen die Konkursmasse (Art. 84 LC). Zur Passivmasse gehören demnach all diejenigen Forderungen gegen den Gemeinschuldner, die nach dem Konkursgesetz keine Forderungen gegen die Konkursmasse darstellen (Art. 84 Abs. 1 LC). Das Gesetz legt in Art. 84 Abs. 2 LC in elf Unterpunkten Forderungen gegen die Konkursmasse fest (vgl. auch im 3. Kapitel in A.II.3.). Hierzu gehören etwa Lohnforderungen der letzten 30 Tage vor der Konkurseröffnung (Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 LC), Gerichtskosten, die im Zusammenhang mit dem Konkurs entstanden sind (Art. 84 Abs. 2 Nr. 2, 3 LC) oder Forderungen, die durch die Berufstätigkeit oder das Unternehmen des Konkurschuldners nach der Konkurseröffnung verursacht worden sind (Art. 84 Abs. 2 Nr. 5 LC), aber auch Forderungen mit einem besonderen Vorzugsrecht, deren Erfüllung ohne Verwertung der betroffenen Sachen und Rechte erfolgt (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7 LC)⁹⁷.

b) *Konkursforderungen und Rangfolge*

Alle anderen Forderungen sind demzufolge Konkursforderungen, die die Passivmasse des Konkurses bilden. Durch die Neuordnung der Rangfolge der Forderungen wollte der spanische Gesetzgeber die Anzahl der Vorzugsrechte stark reduzieren und dabei dem Prinzip der *par conditio creditorum* Rechnung tragen⁹⁸. Denn nach der alten Rechtslage war dieser Grundsatz von unzähligen Ausnahmen unterwandert und entkräftet. Die vom Prinzip der Gläubigergleichbehandlung (vgl. hierzu auch im 3. Kapitel B.I.1.) gemachten Ausnahmen sind in ihrer Anzahl stark reduziert worden und im Konkursgesetz nunmehr abschließend geregelt. Ausnahmen werden sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht gemacht. Das Konkursgesetz nimmt darum eine Einstufung der Forderungen in drei Klassen vor (vgl. hierzu ausführlich im 3. Kapitel A.II.)⁹⁹. Konsequenzen hat diese Einteilung vor allem bei der Liquidation, denn nach der Klassifizierung richtet sich die Reihenfolge der Befriedigung aller Forderungen.

⁹⁷ Näheres hierzu bei *Beltrán Sánchez*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 84, S. 1499; *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 502; *Rogel Vide*, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, *Aspectos de la nueva Ley Concursal*, S. 33, 39 ff.

⁹⁸ So in der Begründung des Konkursgesetzes V, BOE Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

⁹⁹ Vgl. dazu aber auch allgemein *Díez Soto*, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*.

Die Forderungen werden vom Gesetz in privilegierte, einfache und nachrangige Forderungen eingeteilt (Art. 89 Abs. 1 LC), wobei letztere im Vergleich zum überkommenen Recht eine völlig neue Kategorie darstellen (Art. 89 Abs. 1 LC). Die privilegierten Forderungen werden ihrerseits wiederum in zwei Arten unterteilt: Forderungen mit besonderem Vorzugsrecht, wenn sie bestimmte Sachen und Rechte betreffen, und Forderungen mit allgemeinem Vorzugsrecht, wenn sie die Gesamtheit des Vermögens des Schuldners betreffen (Art. 89 Abs. 2 S. 1 LC). Die besonders privilegierten Forderungen werden in der Liquidation noch vor den allgemein privilegierten Forderungen, vor allem aber vor den einfachen und nachrangigen Forderungen befriedigt (Art. 155, 156, 157, 158 LC). Neben diesen ausdrücklich im Konkursgesetz anerkannten Privilegien sind keine anderen Vorrangs- oder Vorzugsrechte im Konkursverfahren zugelassen (Art. 89 Abs. 2 S.2 LC).

Besonders privilegierte Forderungen (vgl. auch im 3. Kapitel A.II.4.c) sind insbesondere Forderungen, die mit einer vertraglichen oder gesetzlichen Hypothek, mit einer Immobilier- oder Mobiliarhypothek, oder mit einem besitzlosen Pfandrecht an hypothekarisch oder pfandrechtl. belasteten Sachen gesichert sind (Art. 90 Abs. 1 Nr.1 LC). Die Gläubiger solcher Forderungen erfahren auch im Rahmen eines eventuell geschlossenen Vergleiches eine besondere Behandlung, da sie nur dann an einen solchen Vergleich gebunden sind, wenn sie diesem auch zugestimmt haben (Art. 134 Abs. 2 LC).

Unter Forderungen mit allgemeinem Vorzugsrecht (vgl. im 3. Kapitel A.II.4.d) fallen u. a. bestimmte Lohnforderungen, Forderungen der Sozialversicherung, Steuerforderungen und weitere öffentlich-rechtliche Forderungen (Art 91 Nr. 1, 2, 4 LC). Im Vergleich zur alten Rechtslage genießen letztere aber ein solches Vorzugsrecht nicht mehr in vollem Umfang, sondern nur noch zur Hälfte des jeweiligen Betrages (Art. 90 Nr. 4 LC).

Zu den nachrangigen Forderungen¹⁰⁰ (vgl. im 3. Kapitel A.II.6.) gehören verspätet mitgeteilte Forderungen oder Geldstrafen und Bußgelder (Art. 92 Nr. 1, 4 LC). Auch Forderungen von Personen, die dem Konkurschuldner besonders nahe stehen¹⁰¹, werden automatisch nachrangig behandelt, was in der spanischen Lehre stark kritisiert wurde¹⁰².

Alle anderen in diesem Gesetz nicht als privilegiert oder nachrangig klassifizierten Forderungen werden als einfache Forderungen behandelt (Art. 89 Abs. 3 LC).

¹⁰⁰ Zu nachrangigen Forderungen vgl. auch *Ferré Falcón*, *Créditos subordinados*.

¹⁰¹ In Art. 93 LC sind die dem Konkurschuldner nahe stehenden Personen definiert. Unterschieden wird insbesondere danach, ob es sich bei dem Konkurschuldner um eine natürliche Person (Art. 93 Abs. 1 LC) oder um eine juristische Person handelt (Art. 93 Abs. 2 LC).

¹⁰² *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 392.

V. Lösungswege aus der Insolvenz

Das Konkursgesetz sieht als Lösungsmöglichkeiten einer Insolvenz nach Durchlaufen eines gemeinsamen Verfahrensabschnitts (*fase común*)¹⁰³ entweder den Abschluss eines Vergleichs oder die Liquidation vor. Eine Übereinkunft aller Beteiligten im Wege eines Vergleichs wird hierbei nicht nur erleichtert, sondern auch besonders gefördert, denn auf diese Weise sollen Unternehmen erhalten und fortgeführt werden können.

1. Vergleich

Der vom Gesetzgeber vorgesehene Regelfall ist der Vergleich¹⁰⁴. Er wird durch eine Reihe von Mitteln und Maßnahmen gefördert, die alle darauf abzielen, eine Befriedigung der Gläubiger zu erreichen. Den Ausführungen des Gesetzgebers zufolge soll die Willensfreiheit der Beteiligten bei den Vergleichsverhandlungen eine wesentliche Rolle spielen¹⁰⁵.

a) Vorgezogener Vergleichsvorschlag

Unter den Mitteln, die eine derartige Insolvenzlösung erleichtern sollen, ist die Zulassung eines vorgezogenen Vergleichsvorschlags hervorzuheben¹⁰⁶. Einen solchen Vorschlag kann der Schuldner, der keine Liquidation beantragt hat und auch keinem Verbot zur Unterbreitung eines derartigen Vorschlags nach Art. 105 LC unterliegt, beim Konkursrichter einreichen. Bei einem freiwilligen Konkurs kann er dies bereits mit dem Konkursantrag und im Fall eines notwendigen Konkurses ab der Konkurseröffnung tun (Art. 104 Abs. 1 LC). Ein derartiger Vorschlag kann jedoch nicht zeitlich unbegrenzt vom Konkurschuldner unterbreitet werden, zu beachten ist hier die Frist der Forderungsanmeldung¹⁰⁷ (Art. 104 Abs. 1 LC). Darüber hinaus muss dem vorgezogenen Vorschlag die Zustimmung von denjenigen einfachen oder privilegierten Gläubigern erteilt werden, deren Forderungen ein Fünftel der vom Schuldner vorgebrachte Passiva übersteigen (Art. 106 Abs. 1 LC). Die Regelung des vorgezogenen Ver-

¹⁰³ Dieser gemeinsame Verfahrensabschnitt beginnt mit der Eröffnung des Konkurses und endet mit dem Bericht der Konkursverwaltung nach Ablauf der Anfechtungsfrist gegen die Bestandsverzeichnis und die Gläubigerliste. Vgl. auch Begründung des Konkursgesetzes II, B.O.E. NR. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26907.

¹⁰⁴ *Fernández Rodríguez*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 563 ff.; *Hölderl Frau*, Convenio en la quiebra y en la ley concursal; *Monereo Pérez*, Conservación de la empresa en la Ley Concursales, aspectos laborales.

¹⁰⁵ Begründung des Konkursgesetzes VI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26910.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu eingehend *Rojo Fernández-Rio*, El convenio anticipado; *Fernández Ruiz*, RDM 2004, Nr. 251, 199 ff.

¹⁰⁷ Den Gläubigern wird für die Anmeldung ihrer Forderungen bei der Konkursverwaltung eine Frist von einem Monat ab der letzten im Eröffnungsbeschluss festgelegten Bekanntmachung gesetzt (Art. 85 Abs. 1 iVm Art. 21 Abs. 1 Nr. 5, 23 Abs. 1 LC).

gleichsvorschlags ermöglicht ferner, dass eine gerichtliche Bestätigung des Vergleichs bereits in der gemeinsamen Phase des Konkurses mit einer deutlichen Zeit- und Kostenersparnis erfolgen kann¹⁰⁸. Denn in diesem Falle schließt sich nicht erst noch das „normale“ Vergleichsverfahren an, sondern es treten sofort die Wirkungen des angenommenen Vergleiches nach Art. 133 bis 136 LC ein (Art. 109 Abs. 2 LC). Scheitert die Annahme des vorgezogenen Vergleichsvorschlags, erklärt der Konkurschuldner, ob dieser Vorschlag der Gläubigerversammlung in dem sich anschließenden Vergleichsverfahren unterbreitet oder die Liquidation eingeleitet werden soll (Art. 110 Abs. 1 LC). Wie den ersten Konkurszahlen seit Inkrafttreten des Konkursgesetzes zu entnehmen ist, wird die Möglichkeit, einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag einzubringen, allerdings nur sehr selten in Anspruch genommen (im Durchschnitt nur in 1,8 % der Verfahren, wobei die Tendenz sogar gegen null geht, vgl. in diesem Kapitel A.IV. Tabelle).

b) Regulärer Vergleichsvorschlag

Ein regulärer Vergleichsvorschlag kann zum einen vom Konkurschuldner, der weder einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag eingereicht, noch die Liquidation beantragt hat, und zum anderen von den Gläubigern, deren Forderungen im Konkurs enthalten sind und ein Fünftel der Passiva übersteigen, beim Konkursrichter vorgebracht werden. Voraussetzung ist jedoch, dass der Schuldner die Liquidation nicht beantragt hat (Art. 113 Abs. 1 und 2 LC). Auch für diesen Vorschlag ist eine zeitliche Begrenzung vorgesehen; er muss grundsätzlich bis zum Ablauf der Frist zur Anfechtung der Bestandsaufnahme und der Gläubigerliste eingereicht werden (Art. 113 Abs. 1 S. 1 LC; Art. 85 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 Nr. 5, 23 LC). Die Gläubiger können dem Vergleichsvorschlag bis zur Schließung der Teilnehmerliste der Gläubigerversammlung zustimmen (Art. 115 Abs. 3 LC), was der Vorbereitung der Gläubigerversammlung dient¹⁰⁹.

c) Inhalt eines Vergleichsvorschlages

Ein Vergleichsvorschlag kann sowohl das Angebot zu einem Teilerlass der Schulden oder einer Stundung als auch beides enthalten¹¹⁰. Bei den ordentlichen Forderungen darf der Teilerlass der Schulden weder die Hälfte des jeweiligen Forderungsbetrages übersteigen noch darf die Stundung länger als fünf Jahre ab Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Vergleich

¹⁰⁸ Begründung des Konkursgesetzes VI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26910.

¹⁰⁹ Begründung des Konkursgesetzes VI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26910.

¹¹⁰ *Martín Muños*, in: *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE* 2004, Nr. 61, S. 179 ff.; *Martínez de Santos*, AC 2004, Nr. 5, S. 483 ff.

bestätigt, andauern (Art. 100 Abs. 1 LC). Der Richter kann hiervon allerdings Ausnahmen bei solchen Unternehmen machen, deren Tätigkeit von besonderer Bedeutung für die Wirtschaft ist (Art. 100 Abs. 1 S. 3 LC). Darüber hinaus können auch alternative Vorschläge gemacht werden, wie etwa das Angebot, Forderungen in Aktien, Beteiligungen, Kapital- oder Gesellschaftsanteile umzuwandeln (Art. 100 Abs. 2 S. 1 LC). Ebenso können Veräußerungen der Sachgesamtheit und Rechte des Konkursschuldners in einem Vorschlag enthalten sein, wobei dies nur unter der Voraussetzung möglich ist, dass der Erwerber nach der Betriebsübernahme das Unternehmen fortführt (Art. 100 Abs. 2 S. 2, 3 LC)¹¹¹. Ausgeschlossen sind dagegen stets die Veräußerung von Sachen und die Abtretung von Forderungen an Gläubiger an Zahlungsstatt oder zur Befriedigung ihrer Forderungen sowie die Gesamtliquidation des Schuldnervermögens und die Änderung der vom Konkursgesetz vorgesehenen Klassifizierung der Forderungen (Art. 100 Abs. 3 LC). Dem Vorschlag muss ein detaillierter Zahlungsplan beigelegt sein (Art. 100 Abs. 4 LC) und, wenn das Unternehmen fortgeführt werden soll, auch ein Plan zur Durchführbarkeit (Art. 100 Abs. 5 LC).

Auch wenn das Ziel des Konkurses nicht die Sanierung eines Unternehmens ist, so kann ein Vergleich, der die Fortführung des Unternehmens anstrebt, ein Mittel zur Erhaltung von Betrieben sein, die als vollständig oder zumindest teilweise überlebensfähig eingeschätzt werden, was nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch im Interesse des Konkursschuldners selbst und der Arbeitnehmer liegt¹¹².

Die engen Grenzen der Vergleichsmöglichkeiten sind insbesondere bei kleineren Unternehmen negativ zu bewerten¹¹³. Ausnahmen von den strengen gesetzlichen Vorgaben können – wie bereits erwähnt – nur bei Unternehmen gemacht werden, deren Tätigkeit von besonderer Bedeutung für die Wirtschaft ist (Art. 100 Abs. 1 S. 3 LC)¹¹⁴. Dem Ermessen des Richters ist hierbei jedoch ein sehr weiter Spielraum gegeben, denn der Gesetzgeber hat auf eine nähere Definition dieser Umstände verzichtet. Dem Richter sind demnach keinerlei Anhaltspunkte an die Hand gegeben, nach denen er die besondere Bedeutung für die Wirtschaft eines insolventen Unternehmens bemessen könnte.

¹¹¹ In diesem Fall sind die Arbeitnehmervertreter vorher anzuhören (Art. 100 Abs. 2 S. 4 LC).

¹¹² Begründung des Konkursgesetzes VI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26910.

¹¹³ Vgl. hierzu *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 104, 107 ff.

¹¹⁴ Art. 100 Abs. 1 S. 3 LC: „*concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*“.

d) Abstimmung über den Vergleichsvorschlag und gerichtliche Bestätigung

Die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag erfolgt nach den Verhandlungen in der Gläubigerversammlung. Der Gesetzgeber beabsichtigte, dass die Gläubiger für die Annahme eines Vergleichsvorschlages ein kleineres Opfer erbringen sollten, weshalb die erforderliche Mehrheit auf die relative Mehrheit der ordentlichen Passivmasse herabgesetzt wurde¹¹⁵. Für die Annahme eines Vergleichsvorschlages ist daher grundsätzlich eine Mehrheit der Jastimmen erforderlich, die mindestens die Hälfte der ordentlichen Passivmasse erreichen (Art. 124 Abs. 1 LC). Ausnahmen von den genannten Mehrheitsverhältnissen sind in einigen Fällen möglich (Art. 124 Abs. 1 S. 2, 125 LC).

Der Vergleich bedarf neben der Annahme durch die Gläubiger auch noch der gerichtlichen Bestätigung (Art. 127 LC). Gegen diese kann Beschwerde erhoben werden. Das Konkursgesetz legt dabei fest, wer hierzu berechtigt ist, und welche Gründe eine Beschwerde rechtfertigen (Art. 128 LC). Darüber hinaus kann auch der Konkursrichter den von den Gläubigern angenommenen Vergleich von Amts wegen zurückweisen, wenn der Vergleich Normen des Konkursgesetzes verletzt (Art. 131 LC) (vgl. auch in diesem Kapitel B.II.1.).

e) Wirkung des Vergleichs

Die gerichtliche Bestätigung hat nicht etwa die Beendigung des Konkurses zur Folge, sondern die Erfüllung des Vergleichs (Art. 137 ff. LC), die den Konkurs erst beendet (Art. 141 LC). Der Vergleich erlangt grundsätzlich mit dem Datum seiner gerichtlichen Bestätigung volle Wirksamkeit (Art. 133 Abs. 1 LC). Ab diesem Zeitpunkt werden alle Wirkungen der Konkursöffnung beendet und durch die im Vergleich vorgesehenen ersetzt¹¹⁶. Auch die Konkursverwalter werden aus ihrem Amt entlassen, soweit ihnen der Vergleich keine Aufgaben bei der Erfüllung des Vergleichs zuweist (Art. 133 Abs. 2 LC).

Der Inhalt des Vergleichs bindet den Konkursschuldner und grundsätzlich alle ordentlichen und nachrangigen Gläubiger (Art. 134 Abs. 1 LC). Privilegierte Gläubiger sind dagegen nur dann an den Inhalt des Vergleichs gebunden, wenn sie für den Vergleichsvorschlag gestimmt haben oder wenn ihre Unterzeichnung oder ihr Beitritt zur Vereinbarung als Zustimmung gewertet wurde (Art. 134 Abs. 2 LC). Andere Gläubiger, die nicht für den Vergleich gestimmt haben, sind an diesen ebenfalls gebunden. Ausgenommen sind nur deren weiterhin bestehen

¹¹⁵ Begründung des Konkursgesetzes VI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

¹¹⁶ Der Schuldner muss allerdings weiterhin den ihm in Art. 42 LC auferlegten allgemeinen Pflichten nachkommen, wie etwa der Zusammenarbeit mit der Konkursverwaltung und dem Konkursrichter.

bleibende Rechte gegenüber Schuldnern, die mit dem Konkursschuldner gesamtschuldnerisch verbunden sind, und gegenüber Bürgen und Avalisten des Konkursschuldners (Art. 135 LC).

Die Forderungen der privilegierten Gläubiger, die für den Vergleich gestimmt haben, die der ordentlichen Gläubiger und die der nachrangigen Gläubiger erlöschen in dem vom vereinbarten Teilnachlass vorgesehenen Umfang. Die Forderungen können darüber hinaus während der Zeit der Stundung nicht realisiert werden und sind grundsätzlich dem Inhalt des Vergleiches unterworfen (Art. 136 LC).

2. Liquidation

Die Liquidation stellt die Alternative zum Vergleich dar und ist vom Gesetzgeber als letzter Lösungsweg konzipiert¹¹⁷. Der Schuldner kann eine Liquidation bereits mit dem Antrag auf freiwilligen Konkurs verlangen (Art. 142 Abs. 1 Nr. 1 LC). Das Konkursgesetz erlegt dem Schuldner sogar die Pflicht auf, die Liquidation immer dann zu beantragen, wenn er nach der Annahme des Vergleichs und während dessen Wirksamkeit erkennt, dass er den vereinbarten Zahlungen und Verpflichtungen nicht nachkommen können wird (Art. 142 Abs. 3 LC). Wird die Liquidation von Amts wegen eingeleitet (Art. 143 LC) oder von einem Gläubiger beantragt (Art. 142 Abs. 4 LC), so ist sie die – einem Vergleich gegenüber – sekundäre Lösung¹¹⁸. Sie erfolgt erst dann, wenn ein Vergleich nicht erzielt wurde oder fehlgeschlagen ist und sie daher unvermeidbar geworden ist. Die Einheit und die Flexibilität des Verfahrens erlauben es, in diesen Fällen schnell und einfach zur Liquidationsphase überzugehen. Der Gesetzgeber sieht hierin eine wesentliche Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage, da dort die verschiedenen Konkursverfahren gesetzlich verstreut waren¹¹⁹. Es bedurfte damals erst noch eines Antrages auf Konkurseröffnung (*quiebra*), wenn ein Vergleichsverfahren (*suspensión de pagos*) fehlgeschlagen war, was wiederum viel Zeit und Kosten in Anspruch nahm.

a) Wirkung

Es liegt auf der Hand, dass die Folgen einer Liquidation schwerwiegender sind als die eines Vergleichs. Dem Konkursschuldner sind weiterhin seine Verfügungs- und Verwaltungsbe fugnis über sein Vermögen genommen; sie bleiben bei der Konkursverwaltung (Art. 145 Abs. 1 LC). Handelt es sich bei dem Konkursschuldner um eine natürliche Person, verliert er das Recht auf Unterhalt aus der Masse (Art. 145 Abs. 2 LC). Bei einer juristischen Person wird

¹¹⁷ Michavila, El Gobierno informa, v. 11.4.2002, S. 3.

¹¹⁸ Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

¹¹⁹ Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

deren Auflösung angeordnet und ihre Verwalter und Abwickler scheiden aus ihren Ämtern aus und werden von der Konkursverwaltung ersetzt (Art. 145 Abs. 3 LC). Das Gesetz hält für diesen Verfahrensabschnitt die klassischen Konkursfolgen¹²⁰ bereit – wie etwa die vorgezogene Fälligkeit von zurückgestellten Forderungen oder die Umwandlung anderer Leistungen in Geldforderungen¹²¹ (Art. 146 LC).

Trotz des zwingenden Charakters der Vorschriften, die diese Phase regeln, hat sie der spanische Gesetzgeber mit der nötigen Flexibilität ausgestattet¹²². Dies spiegelt sich insbesondere im Liquidationsplan wider, der von der Konkursverwaltung zu erstellen ist, wobei der Schuldner und die Gläubiger Anmerkungen und Vorschläge machen können, bevor dieser vom Konkursrichter bestätigt wird (Art. 148 LC). Nur dann, wenn ein solcher Plan nicht zustande kommt, oder Regelungen im Plan fehlen, kommen ergänzend die gesetzlichen Vorschriften über die Verwertung der Sachen und Rechte der Aktivmasse des Konkurses zur Anwendung (Art. 149 LC). Auch noch in der Liquidationsphase zeigt sich, dass der Gesetzgeber das insolvente Unternehmen möglichst erhalten will. So ist im Konkursgesetz festgelegt, dass in der Masse enthaltene Betriebe und Produktionseinheiten grundsätzlich nur als Ganzes veräußert werden sollen. Eine partielle Veräußerung kommt nur dann in Frage, wenn dies den Interessen des Konkurses besser gerecht wird, wobei dies stets unter der Prämisse der Unternehmenserhaltung geschehen soll (Art. 149 Abs. 1 Nr. 1 LC).

Die Liquidationsphase soll zeitlich nicht unnötig in die Länge gezogen werden¹²³. Ab Eröffnung der Liquidationsphase muss die Konkursverwaltung deshalb vierteljährlich über den Stand der Liquidation Bericht erstatten (Art. 152 LC) und die Liquidation innerhalb eines Jahres beenden (Art. 153 LC). Kommen die Konkursverwalter dem nicht nach, treffen sie Sanktionen. Sie scheiden aus ihrem Amt aus und verlieren ihren Anspruch auf Vergütung (Art. 153 Abs. 3 LC).

b) Befriedigung der Gläubiger

Innerhalb der Liquidationsphase erfolgt die Befriedigung der Gläubiger¹²⁴ (Art. 154 bis 162 LC). Massenforderungen sind vorabzugsfähig, d.h. bevor es zur Befriedigung der Konkursforderungen kommt, werden von der Masse diejenigen Sachen und Rechte abgezogen, die zur

¹²⁰ Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

¹²¹ Die Formulierung im Gesetz, die von „Geld“ spricht, erscheint daher etwas unglücklich. Vgl. hierzu *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 8563; *Blasco Gascó*, *Prelación y Pago a los Acreedores Concursales*, S. 35 f.

¹²² Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

¹²³ Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

¹²⁴ Begründung des Konkursgesetzes VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26911.

Befriedigung der Masseforderungen notwendig sind (Art. 154 Abs. 1 LC). Hierfür dürfen aber keine Sachen herangezogen werden, die von einer besonders privilegierten Forderung erfasst sind (Art. 154 Abs. 3 LC). Letztere werden grundsätzlich zu Lasten der Sachen und Rechte erfüllt, auf denen die Sicherheit ruht, und die bereits Gegenstand einer Einzel- oder Gesamtvollstreckung sind (Art. 155 Abs. 1 LC) (vgl. im 3. Kapitel B.III.2.). Die anderen Forderungen werden dann von der restlichen Masse in der Reihenfolge ihrer gesetzlichen Einstufung befriedigt (Art. 156 bis 158 i.V.m. Art. 91, 92 LC).

VI. Qualifizierung des Konkurses – Schuldhafter Konkurs

Bei einem Konkursverfahren wird auch danach unterschieden, ob es sich um einen unverschuldeten Konkurs (*concurso fortuito*) oder aber um einen schuldhaft herbeigeführten Konkurs (*concurso culpable*) handelt. Ein schuldhafter Konkurs liegt vor, wenn bei Schaffung oder bei Verschlimmerung der Zahlungsunfähigkeit Vorsatz oder schweres Verschulden des Konkursschuldners bzw. seiner Vertreter gegeben war (Art. 164 Abs. 1 LC). Eine Konkretisierung hierzu findet sich in Art. 164 Abs. 2 LC. Dort sind verschiedene Konstellationen aufgeführt, die zur Folge haben, dass der Konkurs als schuldhaft zu qualifizieren ist. Gesetzlich vermutet wird das Vorliegen von Vorsatz oder schwerem Verschulden in den von Art. 165 LC geregelten Fällen, so z.B. wenn der Schuldner oder seine Vertreter der Verpflichtung nicht nachgekommen sind, den Konkurs zu beantragen (Art. 165 Nr. 1 LC). Ein Gegenbeweis ist möglich (Art. 165 S. 1 LC). Geht die Konkursverwaltung von einem schuldhaften Konkurs aus, wird die Staatsanwaltschaft eingeschaltet (Art. 169 LC). Die Feststellung eines schuldhaften Konkurses hat weit reichende Folgen für die von der Qualifizierung betroffenen und verantwortlichen Personen (Art. 172 f. LC)¹²⁵. Diese Personen dürfen für einen Zeitraum von 15 Jahren keine fremden Sachen mehr verwalten und andere Personen vertreten (Art. 172 Abs. 2 Nr. 2 LC). Sie verlieren zudem jegliche Rechte, die ihnen als Konkursgläubiger zustanden oder die sie gegen die Masse hatten (Art. 172 Abs. 2 Nr. 3 LC). Darüber hinaus müssen sie die vom Konkursschuldner oder von der Konkursmasse unrechtmäßig erhaltenen Sachen und Rechte zurückgeben und die verursachten Schäden und Nachteile ersetzen (Art. 172 Abs. 2 Nr. 3 LC).

Darüber hinaus wird ein öffentliches Register mit Urteilen, die ein Verschulden des Konkursschuldners feststellen, angelegt (Art. Art. 164 Abs. 3 i.V.m. Art. 198 LC).

¹²⁵ Welche Personen als Teilnehmer an einem schuldhaften Konkurs erachtet werden, legt das Gesetz in Art. 166 LC fest.

Die mit der Qualifizierung des Konkurses einhergehenden Folgen beschränken sich auf den zivilrechtlichen Bereich. Die Qualifizierung nimmt keinen Einfluss auf die Strafgerichte, sie ist insbesondere keine Vorfrage bei der Strafverfolgung von Verhaltensweisen, die den Tatbestand einer Straftat erfüllen können. Die mit den mutmaßlich strafbaren Handlungen des Schuldners befassten Strafgerichte sind daher nicht an die Qualifizierung des Konkurses gebunden (Art. 163 Abs. 2 LC). Das Konkursgesetz behält somit die strikte Trennung von unerlaubten Handlungen nach dem Zivilrecht und von strafbaren Handlungen nach dem Strafrecht bei¹²⁶.

VII. Beendigung und Wiedereröffnung des Konkurses

1. Beendigung

Die Gründe für die Beendigung eines Konkurses und die Einstellung des Verfahrens sind im Konkursgesetz in Abschnitt VII geregelt. Zu den Beendigungsgründen zählen die Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses nach seiner Anfechtung (Art. 176 Abs. 1 Nr. 1 LC), das Erreichen des Verfahrensendes (durch Erfüllung des Vergleiches, Art. 176 Abs. 1 Nr. 2 LC, oder durch die vollständige Befriedigung der Gläubiger, Art. 176 Abs. 1 Nr. 3 LC), das Scheitern des Verfahrens (wegen Masselosigkeit, Art. 176 Abs. 1 Nr. 4 LC) und die Ausübung der Verfügungsfreiheit der Parteien über das Verfahren (im Wege der Abstandnahme oder des Rücktritts aller anerkannten Gläubiger von dem mit dem Konkursschuldner geschlossenen Vergleich, Art. 176 Abs. 1 Nr. 5 LC, was nur nach Ablauf des gemeinsamen Verfahrensabschnitts möglich ist). Die letzten drei Beendigungsgründe in Art. 176 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 LC bedürfen zudem der gerichtlichen Bestätigung durch den Richter und eines vorherigen Berichts der Konkursverwaltung (Art. 176 Abs. 2 LC).

2. Wiedereröffnung

In den Fällen der Beendigung des Konkurses wegen Masselosigkeit, d.h. mangels Sachen und Rechten, mit denen die Gläubiger befriedigt werden können, behalten die Gläubiger ihre Rechte bei, bis wieder Vermögen beim Schuldner vorhanden ist und er zur Verantwortung gezogen werden kann¹²⁷. Das Gesetz sieht daher die Möglichkeit der Wiedereröffnung des Konkurses sowohl über das Vermögen einer natürlichen als auch über das Vermögen einer juristischen Person vor (Art. 179 LC). Da die Beendigung des Konkurses wegen nicht vor-

¹²⁶ Begründung des Konkursgesetzes VIII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹²⁷ Begründung des Konkursgesetzes IX, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

handenen Aktivvermögens bei einer juristischen Person aber deren Löschung mit sich bringt, beschränkt sich die Wiedereröffnung des Konkurses in diesem Fall auf die Liquidation der später erlangten Sachen und Rechte (Art. 179 Abs. 2 LC). Handelt es sich dagegen bei dem Konkurschuldner um eine natürliche Person, kann das ursprüngliche Konkursverfahren nur innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren ab der vorherigen Konkursbeendigung wiedereröffnet werden (Art. 172 Abs. 1 LC). Zudem muss hier bei der Aktualisierung des Bestandsverzeichnisses und der Gläubigerliste berücksichtigt werden, dass die Fortführung der Vermögensaktivitäten nicht nur neue Aktiva, sondern auch neue Passiva hervorgebracht hat (Art. 179 Abs. 1, 180 LC)¹²⁸.

VIII. Konkursverfahren und Rechtsmittel

1. Konkursverfahren

Der Gesetzgeber sieht die Flexibilität des neuen Konkursverfahrens durch zwei Komponenten ergänzt: die der Schnelligkeit und die der Einfachheit¹²⁹. Hierdurch soll die sehr komplexe Figur des Konkurses in ein Verfahren gefügt werden, das einen zügigen, effizienten und ökonomischen Ablauf erlaubt, ohne dabei die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien der Beteiligten zu minimieren und die Effektivität des Rechtsschutzes einzuschränken¹³⁰. Um dies zu erreichen, kommen die Bestimmungen des Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) auch nur subsidiär zu den Regelungen des Konkursgesetzes zur Anwendung¹³¹, d.h. immer dann, wenn das Konkursgesetz keine speziellen Verfahrensregelungen vorgibt.

Gerade hieran wird aber auch die Prozesslastigkeit des neuen Konkursverfahrens deutlich¹³². Hat doch der spanische Gesetzgeber den verfahrensrechtlichen Vorschriften des Konkursgesetzes besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Viele Vorschriften sind allerdings nur von marginaler Bedeutung, so dass ein simpler Verweis auf die Vorschriften der Zivilprozessgesetzgebung ausreichend gewesen wäre¹³³. Aufgrund eines systematischen Fehlers befindet sich die Bestimmung zur subsidiären Anwendung des Zivilprozessgesetzes zudem erst in der fünften Schlussbestimmung des Konkursgesetzes¹³⁴. Das Konkursverfahren ist in insgesamt sechs Verfahrensabschnitte gegliedert (Art. 183 Nr. 1 – 6 LC).

¹²⁸ Begründung des Konkursgesetzes IX, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹²⁹ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹³⁰ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹³¹ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹³² Vgl. *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 95 f.

¹³³ *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 96.

¹³⁴ *D.F. quinta*.

2. Abgekürztes Insolvenzverfahren

Darüber hinaus finden sich in dem neuen Konkursgesetz auch Regelungen zu einem abgekürzten bzw. vereinfachten Verfahren (Art. 190 und 191 LC). Der Richter kann bei dem Konkurs einer natürlichen oder juristischen Person, die zu einer vereinfachten Bilanzaufstellung berechtigt ist und deren Passiva 1.000.000 € nicht übersteigt, das abgekürzte Verfahren anordnen (Art. 190 Abs. 1 LC). Die in dem Konkursgesetz vorgesehenen Fristen werden in diesem Fall grundsätzlich um die Hälfte minimiert (Art. 191 Abs. 1 LC). In einem solchen Verfahren bedarf es zudem nur eines Konkursverwalters, es sei denn, der Richter bestimmt aus besonderen Gründen etwas anderes (Art. 191 Abs. 2 iVm Art. 27 Abs. 2 Nr. 3 LC).

3. Zwischenverfahren

Ein weiteres Element im prozessualen System des Konkursgesetzes ist das Zwischenverfahren (*incidente concursal*, Art. 192 – 196 LC). In diesem speziellen Verfahren werden alle bei einem Konkurs auftretenden Fragen behandelt, es sei denn das Konkursgesetz sieht hierfür ein anderes Verfahren vor (Art. 192 Abs. 1 LC). Das Zwischenverfahren im Konkurs ist mit zwei verschiedenen Verfahrensmodalitäten ausgestattet, die sich nach der zu verhandelnden Materie richten. In dem einen Verfahren sind nur Angelegenheiten konkursrechtlicher Natur Gegenstand des Verfahrens (Art. 192 LC). Bei dem anderen wird über die während des Verfahrens auftretenden arbeitsrechtlichen Fragen entschieden (Art. 195 LC). Mit diesen beiden Arten des Zwischenverfahrens möchte der Gesetzgeber die größtmögliche Effizienz des Konkursverfahrens erreichen¹³⁵.

Die Idee des Zwischenverfahrens entstammt dem Gesetzesentwurf von 1983. Aufgrund des Inkrafttretens des Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil*)¹³⁶ im Jahr 2001 hätte man aber auch auf eine besondere Regelung des Zwischenverfahrens im Konkursgesetz verzichten können. Denkbar wäre stattdessen ein Verweis auf die mündliche Verhandlung (*juicio verbal*) im Zivilprozessgesetz (Art. 437 – 447 LEC) mit leichten Modifikationen gewesen¹³⁷.

¹³⁵ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹³⁶ *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, B.O.E. Nr. 90, vom 14. April 2000, und Nr. 180, vom 28. Juli 2001.

¹³⁷ *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 96.

4. Rechtsmittel

Das neue Konkursgesetz hat ebenfalls zu Änderungen bei den Rechtsmitteln geführt (Art. 197 LC). Die vom Gesetzgeber angestrebte Beschleunigung des Konkursverfahrens sollte hierbei durch ein angemessenes Rechtsmittelsystem unterstützt werden¹³⁸.

Ohne die Rechtssicherheit einzuschränken, wurde daher das Verfahren vereinfacht und eine Bündelung der Berufungen vorgenommen. In Orientierung am neuen spanischen Zivilprozessgesetz wurden alle Rechtsmittel beseitigt, die das Verfahren unnötig in die Länge ziehen, da vormals die Gerichte der zweiten Instanz (*Audiencias Provinciales*) oftmals unzählige zusammenhangslose und einzelfallspezifische Berufungsanträge bearbeiten mussten¹³⁹. Entfernt wurden daher die vielen Zwischenurteilsverfahren, die die Konkursverfahren in der Vergangenheit erheblich erschwerten und verzögerten¹⁴⁰. Die gerichtlichen Beschlüsse und Entscheidungen werden nunmehr in abgeschlossenen Teilbereichen in der zweiten Instanz überprüft, die ihre Entscheidungen aus einer Sichtweise heraus treffen kann, die die Geschehnisse in einem Zusammenhang wahrnimmt. Die gerichtlichen Entscheidungen werden hierdurch verbindlicher und unanfechtbarer.

Konkret werden nur noch folgende Rechtsmittel zugelassen: Einspruch gegen Entscheidungen und Beschlüsse (Art. 197 Nr. 2 LC) und Berufung gegen Urteile, die einen Vergleich bestätigen oder zurückweisen, die über die Erfüllung oder Nichterfüllung des Vergleichs und über die Beendigung des Konkurses entscheiden (Art. 197 Nr. 4 LC). Gegen Beschlüsse über einen Einspruch oder Urteile in einem Zwischenverfahren, die während des gemeinsamen Verfahrensabschnitts oder in der Vergleichsphase ergangen sind, ist dagegen kein Rechtsmittel zulässig (Art. 197 Nr. 3 LC). Sie können lediglich im Rahmen einer Berufung gegen ein in Art. 197 Nr. 4 LC aufgeführtes Urteil mitbehandelt werden (Art. 197 Nr. 3 LC)¹⁴¹. Gegen spätere Zwischenurteile oder solche, die während der Liquidationsphase ergangen sind, ist die Berufung aber zulässig.

Eine Revision bzw. eine außerordentliche Revision wegen Verstößen gegen materielles Recht ist nur gegen Berufungsurteile zulässig, bei denen über die Bestätigung oder Ablehnung eines Vergleichs, über die Erfüllung oder Nichterfüllung eines Vergleichs, über eine Anfechtungsklage oder über die Beendigung des Konkurses entschieden wurde (Art. 197 Nr. 6 LC).

¹³⁸ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹³⁹ Lincke, NZI 2004, 69, 72.

¹⁴⁰ Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁴¹ Gegen Beschlüsse über Einsprüche oder Urteile in einem Zwischenverfahren, die während des gemeinsamen Verfahrensabschnitts oder in der Vergleichsphase ergangen sind, ist dagegen kein Rechtsmittel zulässig (Art. 197 Nr. 3 LC).

Darüber hinaus wurde im Konkursgesetz ein Rechtsmittel (Einspruch) eingeführt, das gegen die Entscheidungen und Zwischenurteile des Konkursrichters in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten eingelegt werden kann (Art. 197 Nr. 7 LC). Daneben sind die im Arbeitsprozessgesetz (*Ley de Procedimiento Laboral*) geregelten Rechtsmittel zulässig (Art. 197 Nr. 7 LC). Hierdurch soll die Arbeitsgesetzgebung vollständig auf die arbeitsrechtlichen Fragen im Konkursverfahren übertragen und die Doktrin in dieser äußerst sensiblen Materie vereinheitlicht werden¹⁴².

IX. Internationale Privatrechtsregelungen zur Insolvenz

Erstmals sind in Spanien auch insolvenzrechtliche Regelungen mit Auslandsbezug im Konkursrecht enthalten (Art. 199 ff. LC)¹⁴³, da es die voranschreitende Globalisierung dringend erforderlich machte, solche Vorschriften aufzunehmen. Das spanische Recht lehnt sich hierbei stark an die EG-Verordnung über Insolvenzsachen (Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, am 31.5.2002 in Kraft getreten)¹⁴⁴ mit den entsprechenden Adaptationen an. Darüber hinaus wurde die spanische Gesetzgebung zum internationalen Insolvenzrecht durch das UNCITRAL (Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzen der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht¹⁴⁵) inspiriert, das von der Vollversammlung der Vereinten Nationen in ihrer Resolution 52/158 vom 15. Dezember 1997 empfohlen wurde¹⁴⁶.

Neben Vorschriften zu generellen Gesichtspunkten (Art. 199 f. LC), zur Bestimmung des anwendbaren Rechts (Art. 201 ff. LC), zur Beziehung zwischen dem Hauptverfahren und dem territorialen Verfahren (Art. 210 ff. LC) und zu Auswirkungen und Wirkungen der im Ausland eröffneten Verfahren in Spanien (Art. 220 ff. LC) sind auch Vorschriften zur Koordinierung paralleler Insolvenzverfahren (Art. 227 ff. LC) enthalten.

In Art. 199 LC wird klargestellt, dass die spanischen internationalen Insolvenzrechtsregelungen vorbehaltlich der EG-Verordnung über Insolvenzsachen¹⁴⁷ zur Anwendung kommen. Auf europäischer Ebene wurde durch die EG-Verordnung über Insolvenzverfahren

¹⁴² Begründung des Konkursgesetzes X, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁴³ *Silguero Estagna*, in: *La nueva Ley Concursal*; *Campuzano Díaz*, *Aspectos internacionales del derecho concursal*; *Lieder*, in: *Smid*, *Neue Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts*, S. 145 ff.

¹⁴⁴ Vgl. hierzu *Calvo Caravaca*, *Alfonso-Luis/Carrascosa González*, *Javier*, RCP 2004, Nr. 1, S. 157 ff.

¹⁴⁵ *Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). Vgl. hierzu auch *Benning/Wehling*, *EuZW* 1997, S. 618. *Modell Law und Guide to Enactment* sind im Internet unter <http://www.uncitral.org/en-index.htm> abrufbar.

¹⁴⁶ Begründung des Konkursgesetzes XI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁴⁷ EG-Verordnung über Insolvenzsachen (Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, am 31.5.2002 in Kraft getreten).

erstmals ein einheitliches Internationales Insolvenzrecht innerhalb der Europäischen Gemeinschaft geschaffen (mit Ausnahme von Dänemark)¹⁴⁸.

In Art. 200 LC ist deshalb der Grundsatz statuiert, dass das spanische Gesetz, vorbehaltlich der Regelungen in Art. 201 ff. LC, die Voraussetzungen und Wirkungen eines Konkurses festlegt, der in Spanien eröffnet wurde, sowie dessen Abwicklung und Beendigung regelt. Dingliche Rechte (Art. 201 LC), eintragungspflichtige Rechte (Art. 202 LC) und Verträge über Immobilien (Art. 206 LC) richten sich dagegen nach dem Recht des Staates, in dem sich die jeweilige Sache befindet. Immobiliarsicherheiten fallen als dingliche Rechte unter Art. 201 LC. Auf diese Norm und auf grenzüberschreitende Konstellationen wird im 4. Kapitel B.V.3. noch ausführlich eingegangen.

Die internationale Zuständigkeit zur Eröffnung und zur Verfahrensdurchführung des Konkurses richtet sich nach dem Ort, an dem das Zentrum der Hauptinteressen des Schuldners liegt¹⁴⁹. Dieses stellt dann das „Hauptverfahren“ des Konkurses dar. Die Eröffnung anderer „territorialer“ Konkursverfahren in Staaten, in denen der Schuldner Niederlassungen hat, ist daneben möglich (Sekundärinsolvenzverfahren)¹⁵⁰. Die Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens berechtigt zur Eröffnung eines territorialen Verfahrens in Spanien, ohne dass dabei die Insolvenz des Schuldners überprüft werden muss (Art. 210 LC). Das territoriale Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den Normen des Hauptverfahrens (Art. 209 LC).

Gläubiger außerhalb Spaniens, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt, Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben und bekannt sind, weil ihre Namen und Adressen aus Büchern und Unterlagen des Schuldners ersichtlich sind, werden von der Konkursverwaltung unverzüglich nach der Konkurseröffnung hiervon benachrichtigt (Art. 214 Abs. 1 LC). Die Benachrichtigung erfolgt in spanischer Sprache¹⁵¹, die Formulierung „Aufruf zur Anmeldung der Forderungen. Anwendbare Fristen“ am Anfang des Schreibens wird dabei auch in englischer und französischer Sprache wiedergegeben (Art. 219 Abs. 1 LC). Die Anmeldung der Forderungen ist von den ausländischen Gläubigern ebenfalls in spanischer Sprache abzufassen (Art. 217, 219 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 85 LC). Wenn sie dies dennoch in einer anderen Sprache tun, kann die Konkursverwaltung nachträglich eine Übersetzung ins Spanische verlangen (Art. 219 Abs. 2 S. 2 LC).

¹⁴⁸ Im Wesentlichen wurden dort die Zuständigkeit für Insolvenzverfahren und die Bestimmung des anwendbaren (nationalen) Rechts einschließlich der internationalen Wirkungen der einzelnen Rechtshandlungen in der Insolvenz geregelt.

¹⁴⁹ Begründung des Konkursgesetzes XI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁵⁰ Begründung des Konkursgesetzes XI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁵¹ Unter „spanischer Sprache“ ist Kastilisch (*Castellano*) bzw. eine der anderen spanischen Amtssprachen zu verstehen (Art. 219 LC).

Der in der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren niedergelegte Grundsatz, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem Mitgliedsland von allen übrigen Mitgliedstaaten grundsätzlich anzuerkennen ist, hat seinen Niederschlag auch in den spanischen internationalen Privatrechtsregelungen zu grenzüberschreitenden Insolvenzen gefunden. Ausländische Insolvenzverfahren werden daher grundsätzlich in Spanien anerkannt (Art. 220 LC).

Zwischen den ausländischen Hauptkonkursverfahren und den territorialen Konkursverfahren in Spanien soll die bestmögliche Koordination erreicht werden, um Rechtssicherheit zu schaffen und ökonomisch effiziente Verfahren durchführen zu können¹⁵². Die spanische Konkursverwaltung und der ausländische Konkursverwalter desselben Konkurschuldners sind daher auch zur gegenseitigen Unterstützung und Kooperation verpflichtet (Art. 227 LC). So ist der ausländische Konkursverwalter zum Informationsaustausch und zur Teilnahme am Parallelverfahren in Spanien berechtigt, er kann Vergleichsvorschläge oder Liquidationspläne unterbreiten, was umgekehrt auch der Konkursverwaltung möglich ist (Art. 227 Abs. 2 LC). Nach Beendigung des Verfahrens müssen etwaige verbleibende Aktivposten an den jeweiligen in- oder ausländischen Verwalter des Hauptkonkurses abgeführt werden (Art. 230 LC).

X. Ergänzungs-, Übergangs-, Aufhebungs- und Schlussbestimmungen

Der Gesetzgeber führt in seiner Begründung zum Konkursgesetz aus, dass die Tragweite der Reform am deutlichsten in den 41 Ergänzungs-, Übergangs-, Aufhebungs- und Schlussbestimmungen am Ende des Konkursgesetzes zum Ausdruck kommt¹⁵³. Die neue Gesetzgebung reicht in viele Bereiche der spanischen Rechtsordnung und hat zahlreiche Normen beeinflusst, die durch die Reform geändert oder aufgehoben wurden¹⁵⁴. Mit der durch das Konkursgesetz herbeigeführten Reform wurde die Harmonisierung des geltenden Rechts angestrebt¹⁵⁵. Die Reform beschränkt sich hierbei auf den Bereich des Insolvenzrechts.

¹⁵² Begründung des Konkursgesetzes XI, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26912.

¹⁵³ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

¹⁵⁴ Die Schlussbestimmungen des LC haben die folgenden Gesetze reformiert: Bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch, Zivilprozessgesetz, Prozesskostenhilfegesetz, Hypothekengesetz, Hypothekengesetz für Mobilien und besitzloses Pfandrecht, Schiffshypothekengesetz, Abgabenordnung, Gesetz über Grundverkehrssteuer und Stempelsteuer, Arbeitnehmerstatut, Arbeitsgerichtsgesetz, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, Scheck- und Wechselgesetz, Wertpapiergesetz, Gesetz über den Hypothekenmarkt, Gesetz über Reformmaßnahmen des Finanzwesens, Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, Gesetz der Gesellschaften mit gegenseitiger Sicherheitsleistung, Gesetz über Kapitalrisikogesellschaften, Gesetz über Gruppierungen wirtschaftlichen Interesses, Gesetz zur Regelung und Kontrolle von privaten Versicherungen, Versicherungsvertragsgesetz, Agenturenvertragsgesetz, Luftfahrtgesetz und Verbraucherschutzgesetz.

¹⁵⁵ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

Durch die Insolvenzrechtsreform wurden auch die Regelungen zu zivil- und handelsrechtlichen Privilegien und Vorzugsrechten geändert (vgl. hierzu im 3. Kapitel A.I.). Diese Vorschriften sind nunmehr im Konkurs unanwendbar und gelten nur noch bei Einzelzwangsvollstreckungen weiter¹⁵⁶.

Das Konkursgesetz hat die zum Großteil durch das Recht der Europäischen Union eingeführte spezielle Gesetzgebung für Kreditinstitute, Versicherungsanstalten und für Geschäfte des Zahlungsverkehrs und des Wertausgleichs oder davon abgeleiteter Finanzierungsinstrumente respektiert. Die Vorschriften des Konkursgesetzes werden daher nur bei Fehlen spezieller Normen und in einer Weise angewandt, die mit den Besonderheiten der Gesetze vereinbar sind¹⁵⁷.

Bei den Übergangsvorschriften im Konkursgesetz wurde versucht, dem Rückwirkungsverbot von Normen Rechnung zu tragen. Konkursverfahren, die vor Inkrafttreten des neuen Konkursgesetzes am 1. September 2004 eröffnet worden sind, richten sich demnach auch grundsätzlich nach altem Insolvenzrecht¹⁵⁸. Ausnahmen hiervon gelten nur für laufende Verfahren, die sich in der Abschlussphase befinden, auf die die neuen Normen anwendbar sind, und für laufende bzw. ausgesetzte Verfahren, auf die die Vorschriften über einen Vergleichsvorschlag im Konkursgesetz ebenso anwendbar sind, was die Durchführung des Verfahrens erleichtern soll¹⁵⁹. Daneben waren übergangsweise die Gerichte erster Instanz bis zum Antritt der Kammern für Handelssachen zuständig¹⁶⁰.

XI. Würdigung

Nach der Reformierung und grundlegenden Umgestaltung des spanischen Zivilprozessrechts (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) im Jahr 2001 ist dem spanischen Gesetzgeber mit der „*Ley Concursal*“ 2004 ein weiterer großer Wurf gelungen. Die Neugestaltung des Insolvenzrechts war dringend erforderlich¹⁶¹, um den Anforderungen der heutigen Gesellschaft und Wirtschaft gerecht zu werden und auf internationaler Ebene mithalten zu können.

Dennoch darf nicht übersehen werden, dass auch das neue Insolvenzrecht in Spanien Schwächen aufweist. Das neue Konkursgesetz ist ein Flickwerk aus den vorangegangenen Ent-

¹⁵⁶ *D.F. primera, D.F. segunda.*

¹⁵⁷ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

¹⁵⁸ *D.T. primera.*

¹⁵⁹ *D.T. primera.*

¹⁶⁰ *D.T. segunda.*

¹⁶¹ *Vázquez Sotelo*, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 9 ff.

würfen und Projekten, weshalb es bisweilen eine einheitliche Linie vermissen lässt. Es wird von Kritikern auch als ein *Hybrid* bezeichnet, da es sich aus verschiedenen Materien zusammensetzt: dem Gesetzesentwurf von 1983, dem Gesetzesentwurf von 1995, dem Insolvenzrecht und den Insolvenzpraktiken der letzten Jahre¹⁶². Aus den sehr unterschiedlichen Gesetzesentwürfen ein einheitliches und in sich stimmiges Konzept zu entwickeln, war sehr anspruchsvoll und schwierig. Die Einbeziehung verschiedener Passagen bzw. Inhalte der vorangegangenen Gesetzesentwürfe in das neue Konkursgesetz bedurfte besonderer Sorgfalt. Bei jeder einzelnen Vorschrift musste abgewogen werden, ob die Norm in diesem Punkt der vom Konkursgesetz verfolgten Philosophie entsprach¹⁶³. Dem Gesetzgeber ist dies aber leider nicht immer gelungen. Ein zufrieden stellendes Ergebnis konnte daher in einigen Fällen nicht erreicht werden.

Weitere Schwachstellen des Gesetzes sind die nicht immer einheitlich verwendete Terminologie und die stellenweise Langatmigkeit des Gesetzestextes¹⁶⁴ sowie die zahlreichen internen¹⁶⁵ und externen¹⁶⁶ Verweise des Gesetzes.

Negativ zu bewerten ist darüber hinaus das Fehlen von Regelungen zur Prävention einer Insolvenz im Konkursgesetz¹⁶⁷. Zum einen mangelt es bereits an einer ausreichenden Information des Wirtschaftsmarktes über die wirtschaftliche und finanzielle Situation von Personen, die in diesem Markt agieren. Zum anderen fehlt es an Warnmechanismen¹⁶⁸, die in prekären finanziellen Situationen von Unternehmen einsetzen, um eine Insolvenz abzuwenden¹⁶⁹. Regelungen zu außergerichtlichen Lösungsmöglichkeiten sind vom spanischen Gesetzgeber gar völlig außer Acht gelassen worden¹⁷⁰. Möglichkeiten zu einer gütlichen Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinen wichtigsten Gläubigern bzw. Finanzgebern außerhalb eines Konkursverfahrens sind im Konkursgesetz nicht vorgesehen. Private Lösungswege, um eine

¹⁶² Vgl. Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 102 f.

¹⁶³ Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 102 f.

¹⁶⁴ Z.B. Art. 6, 10, 21, 27, 40, 48, 64, 84 und 176 LC.

¹⁶⁵ Art. 5, 10, 12, 13, 20, 21, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 38, 40, 44, 52, 54, 56, 58, 62, 64, 74, 76, 78, 85, 86, 91, 92, 95, 96, 97, 100, 104, 105, 109, 111, 114, 115, 119, 126, 129, 131, 132, 133, 134, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 152, 154, 155, 156, 158, 167, 168, 169, 177, 179, 180, 181, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 201, 206, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, und 228 LC.

¹⁶⁶ So z.B. zum *Código de Comercio* (Art. 93 Abs. 2 Nr. 1 LC), zur *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Art. 8 Nr. 1, 20, 70, 149, 194, 195, 220 LC), zum *Estatuto de los Trabajadores* (Art. 66 LC), zur *Ley de Procedimiento Laboral* (Art. 184 Abs. 6 LC), zur *Ley Orgánica para la Reforma Concursal* (Art. 41 LC) oder zur *Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero* (Art. 28 Abs. 1 LC).

¹⁶⁷ Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 104, 107 ff.

¹⁶⁸ Siehe hierzu Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 108 ff.

¹⁶⁹ Unter den europäischen Rechtssystemen ist hierbei vielleicht das französische Recht dasjenige, in dem die Mechanismen zur Vermeidung von Insolvenzen mittels Information und Warnung am meisten entwickelt sind. Vgl. etwa Guyon, *Droit des affaires*, II., S. 39 ff.; Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 59 ff.

¹⁷⁰ Rojo Fernández-Rio, in: *ders.*, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 96, 110 f.

Insolvenz zu verhindern, sind ebenso wenig geregelt. Ein Konkursverfahren ist ein komplexes und kostspieliges Mittel, um eine Insolvenz zu lösen. Ist die wirtschaftliche und finanzielle Situation des Schuldners aber nicht allzu gravierend, macht die Ermöglichung von außergerichtlichen Vereinbarungen Sinn, um das Unternehmen des Schuldners zu retten¹⁷¹.

Trotz der genannten Schwächen ist das Konkursgesetz dennoch ein Meilenstein in der spanischen Rechtsordnung und wird von spanischen Rechtsexperten¹⁷² als “*auténtica ‘conquista’ legislativa*” („echte gesetzliche Errungenschaft“) bezeichnet. Die Bemühung des Gesetzgebers, eine Verbesserung der Rechtslage in diesem Rechtsgebiet herbeizuführen, ist unbedingt positiv zu bewerten, insbesondere deshalb, weil endlich Bewegung in das bislang so angestaubte spanische Insolvenzrecht gekommen ist.

¹⁷¹ Bereits in dem Gesetzesentwurf von 1995 (Anteproyecto de Ley Concursal de 1995) wurde diese Idee aufgegriffen und unter dem Namen „*suspensión de pagos*“ geregelt. Vgl. hierzu im 1. Kapitel C. IV.

¹⁷² *Rojo Fernández-Rio*, in: *ders.* La Reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 94 bezeichnete so die vom Prinzip der Gesetzeseinheit getragene spanische Konkursrechtsreform.

*Drittes Kapitel***Rangfolge der Forderungen im Konkurs**

Bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Immobiliarsicherheiten in Spanien spielen mehrere Faktoren eine Rolle. Von zentraler Bedeutung ist hierbei die durch das Konkursgesetz erfolgte Neuordnung der Rangfolge der Forderungen. Um die Stellung der einzelnen Immobiliarsicherheiten innerhalb dieser Neuordnung und deren Verhältnis zu den anderen im Konkurs auftretenden Forderungen besser aufzeigen und verdeutlichen zu können, soll hier zunächst auf die im Konkursgesetz enthaltene Klassifizierung der Forderungen eingegangen werden. Denn hiernach richtet sich grundsätzlich die Reihenfolge der Befriedigung der verschiedenen Forderungen und damit auch der Wert der Sicherheiten. Der Gesetzgeber wollte mithilfe der Neuordnung der Rangfolge der Forderungen die Anzahl der Vorzugsrechte stark reduzieren und dabei dem Prinzip der *par conditio creditorum* Rechnung tragen¹. Ob er diesem Anspruch gerecht geworden ist, wird noch zu klären sein. Sicher ist in jedem Fall, dass er hierbei einen Weg verfolgt, der bereits von anderen europäischen Staaten – wie Deutschland, Dänemark oder auch Portugal – eingeschlagen wurde². Auch diese haben bei ihren Insolvenzrechtsreformen versucht, eine erhebliche Reduzierung der Vorzugsrechte herbeizuführen und nur noch solche Vorzugsrechte anzuerkennen, die aus heutiger Sicht eine Bevorzugung verdienen.

A. Klassifizierung der Forderungen

Die Rangfolge der Forderungen ist vermutlich die wichtigste und in ihrer Komplexität anspruchsvollste und schwierigste Materie³, die in einem Insolvenzrechtsgesetz zu regeln ist. Die Gestaltung einer hierarchischen Skala der Forderungen stellt hierbei nicht nur den Prüfstein⁴ eines jeden Konkursrechtssystems dar, sondern verleiht diesem erst Herz und Seele⁵.

¹ Begründung des Konkursgesetzes V, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909.

² Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 359.

³ Vgl. Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357 f.

⁴ Rojo Fernández-Rio, in: Rojo, La reforma de la Legislación Concursal, S. 87, 124.

⁵ Garrido, in: Rojo, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225.

Die Komplexität und die Bedeutung der Klassifizierung der Forderungen⁶ beruht auf dem in diesem Gebiet vorhandenen hohen Konfliktpotential, das hier mehr als bei jeder anderen Problematik des Insolvenzrechts gegeben ist. Hier geraten nicht nur die materiellrechtlichen Prinzipien und die wirtschaftliche Effizienz in Konflikt, sondern es treffen auch die unterschiedlichsten Interessen und Vorstellungen über die Anerkennung einer besonderen Schutzwürdigkeit bestimmter Forderungen aufeinander⁷. Aufgrund der ausgesprochen verworrenen und komplizierten alten Rechtslage war die Neuregelung der Rangfolge der Forderungen für den spanischen Gesetzgeber eines der wichtigsten Probleme, dass dieser bei der Insolvenzrechtsreform zu bewältigen hatte⁸.

Gegenüber der alten – einem Labyrinth gleichenden – Rechtslage ist es dem Gesetzgeber nunmehr gelungen, die Vorschriften zur Rangfolge der Forderungen im Konkursverfahren in einem einzigen Gesetzestext zusammenzufassen, was zu begrüßen ist. Nach der neuen Regelung genießen nur noch die vom Konkursgesetz anerkannten Vorzugsrechte einen besonderen Forderungsschutz im Konkurs. Diese Lösung bringt endlich Rationalität in eine Materie, die sich bislang weder durch Klarheit noch durch Ordnung ausgezeichnet hat⁹.

I. Dichotomie der Vorzugsrechtssysteme

Obwohl die einheitliche Regelung der Vorzugsrechte im Falle der Insolvenz eine wichtige Errungenschaft darstellt, sind mit der Neuregelung nicht alle Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt worden. Denn die Vereinheitlichung der Regelung wurde nur hinsichtlich der Vorzugsrechte innerhalb des Konkurses vorgenommen, nicht hingegen bezüglich der Vorrechte

⁶ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357 ff.; *Blasco Gascó*, *Prelación y pago a los Acreedores Concursales*; *ders.*, *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*; *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*; *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885 ff.; *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, Nr. 98, S. 269 ff.; *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 225 ff.; *González Bilbao*, RCDI 2004, Nr. 683, S. 1351 ff.; *Gordillo Cañas*, AC 2003 – II, S. 413 ff.; *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187 ff.; *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501 ff.; *Pérez del Blanco*, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67 ff.; *Pulgar Ezquerra*, RDM 2003, S. 1425 ff.; *Recio García*, AC 2004, Nr. 12, S. 1386 ff.; *Rogel Vide*, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, *Aspectos de la nueva Ley Concursal*, S. 33 ff.

⁷ *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 226.

⁸ Vgl. *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357 f. Dass sich der spanische Gesetzgeber dieser Materie gewidmet hat, ist aber nicht nur auf Zustimmung gestoßen. So hat die Neuregelung bei *Álvarez Caperochipi*, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, S. 162, auf Unverständnis hervorgerufen. Er fragt, warum ein Gesetz, das zur Regelung eines Konkursverfahrens mit rein prozessrechtlichem Charakter bestimmt ist, sich dennoch darin wagt, das Problem der Ranghierarchie der Forderungen lösen zu wollen.

⁹ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 360.

außerhalb des Konkursverfahrens. Die Vorzugsrechte des alten Rechts¹⁰ gelten daher im Falle der Einzelzwangsvollstreckung fort (im Wege der Klage auf vorzugsweise Befriedigung¹¹). Die Bestimmungen im spanischen Zivilgesetzbuch „Vom Zusammentreffen und vom Vorrang der Forderungen“ (“*De la concurrencia y prelación de créditos*”)¹² sind nur im Zusammenhang mit dem Gesamtvollstreckungsverfahren von Teilnachlass und Stundung und dem Konkurs aufgehoben worden¹³, die übrigen gelten weiterhin in der Einzelzwangsvollstreckung¹⁴. In Art. 1921 CC wird jedoch klargestellt, dass sich im Konkurs die Rangfolge der Forderungen ausschließlich nach den Bestimmungen des Konkursgesetzes richtet¹⁵. In der Einzelzwangsvollstreckung sind daneben einige der sog. handelsrechtlichen Privilegien weiterhin anwendbar¹⁶, wobei *Libro IV* des *Código de Comercio de 1829* und Art. 376, 870 bis Art. 941 des *Código de Comercio de 1885* aufgehoben wurden¹⁷. Bei den Vorzugsrechten des *Código Civil* (Art. 1921 bis 1925 CC) wird entsprechend danach differenziert, welche Gegenstände des Schuldnervermögens von dem Vorzugsrecht belastet sind. Es wird unterschieden, ob Immobilien- (Art. 1923 CC)¹⁸ oder Mobiliarvermögen (Art. 1922 CC) des Schuldners belastet ist, das schuldnerische Vermögen als solches erfasst oder nur bestimmte Vermögensgegenstände betroffen sind (Generalprivilegien zivilrechtlicher oder fiskalischer Art, Art. 1924 CC). Ein Vorzugsrecht dieser Art gewährt dem bevorrechtigten Gläubiger die bevorzugte Befriedigung seiner Forderungen aus dem Erlös, der bei einer Versteigerung der jeweils belasteten Sache erzielt wird, einschließlich der auf die Forderung entfallenden Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung¹⁹. Ein bevorrechtigter Gläubiger kann gegen die Zwangsvollstreckungsmaßnahme eines anderen Gläubigers mit einer Klage auf vorzugsweise Befriedigung vorgehen (*tercería*

¹⁰ Hierzu zählt auch das sog. *superprivilegio salarial* der Lohnforderungen des Art. 32 *Estatuto de Trabajadores*. Vgl. hierzu in diesem Kapitel A. II. 3. d) und im 5. Kapitel B.V.2.

¹¹ Im Wege der sog. *tercería de mejor derecho* (Art. 614 ff. LEC), *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269.

¹² Vgl. die Vorschriften in *Título XVII del Libro IV Código Civil* (Art. 1911 ff. CC).

¹³ Art. 1912 – Art. 1920 und Art. 1924 Abs. 2 A) und G) CC wurden durch die *D.D. única* Abs. 3 Nr. 2 LC aufgehoben.

¹⁴ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 271. Vgl. auch die Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

¹⁵ Art. 1921 CC geändert durch *D.F. primera LC*.

¹⁶ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913. Auch die seerechtlichen Privilegien der Art. 580 bis 585 CCom bleiben in der Einzelzwangsvollstreckung weiterhin gültig. Zu diesen umfassend *Alonso Ledesma*, *Los privilegios marítimos*. Vgl. zur Abschaffung der handelsrechtlichen Privilegien im Konkurs auch *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 216.

¹⁷ Aufgehoben durch *D.D. única* Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 LC.

¹⁸ Vorzugsrechte an einer unbeweglichen Sache haben bestimmte Forderungen des Staates an den Gütern des Steuerpflichtigen (Art. 1923 Nr. 1), bestimmte Forderungen der Versicherer (Art. 1923 Nr. 2), Hypothekendarlehen (vgl. hierzu *Rivas Torralba*, in: Consejo General del Poder Judicial, *Preferencia de Créditos*, S. 491 ff.; *Sotillo Navarro*, RGD 1956, S. 200 ff. und S. 355 ff.), und Aufbaukredite, die im Grundbuch vermerkt und eingetragen sind (Art. 1923 Nr. 3), sowie Forderungen, die kraft richterlicher Anordnung wegen einer Pfändung, Beschlagnahme oder einer Urteilstvollstreckung im Grundbuch vermerkt sind (Art. 1923 Nr. 4), und Aufbaukredite, die weder vermerkt noch eingetragen sind (Art. 1923 Nr. 5).

¹⁹ *Díez-Picazo/Gullón*, *Sistema de derecho civil*, Bd. II, 1989, S. 245.

de mejor derecho, Art. 614 ff. LC²⁰). Die Forderungen, die ein Vorzugsrecht hinsichtlich bestimmter unbeweglicher Güter oder dinglicher Rechte genießen, schließen in der Höhe ihres Betrages alle übrigen Forderungen aus, als der Wert des Grundstücks oder des dinglichen Rechts, auf die sich das Vorzugsrecht bezieht, reicht (Art. 1927 CC). Treffen mehrere Forderungen hinsichtlich bestimmter unbeweglicher Güter oder dinglicher Rechte zusammen, gilt die Kollisionsregel des Art. 1927 CC²¹.

Der spanische Gesetzgeber war hinsichtlich der Regelung des Zusammentreffens und des Vorranges der Forderungen in der Einzelzwangsvollstreckung vor eine dreifache Wahl gestellt. Zum einen hätte er die außerkonkursgesetzliche Regelung beibehalten können. Zum anderen hätte er diese vollständig abschaffen und durch einen Artikel im *Código Civil* ersetzen können, der festlegt, dass die Befriedigung der Forderungen beim Zusammentreffen von Gläubigern nach der *Ley Concursal* erfolgt, sei nun der Konkurs eröffnet oder nicht. Als dritte Möglichkeit hätte er schließlich die außerkonkursrechtliche Regelung ändern können, um dort andere Gründe für ein Vorzugsrecht als die im Konkursgesetz vorgesehenen zu schaffen. Aus der Begründung des Konkursgesetzes²² ergibt sich eindeutig, dass sich der Gesetzgeber für die dritte dieser Varianten und damit für eine dichotome Lösung entschieden hat. Allerdings hat auch er erkannt, dass die unterschiedlichen Regelungen der Vorzugsrechte im Konkurs und in der Einzelzwangsvollstreckung in der Praxis zu Problemen führen können. Er verteidigt sein Vorgehen damit, dass sich die Konkursrechtsreform nicht auch noch auf eine vollständige Überarbeitung der Bestimmungen zur Rangfolge der Forderungen außerhalb des Konkurses hätte erstrecken können²³. Eine solche Korrektur sei allerdings nicht nur wegen des Archaismus der geltenden Regelungen, die aufgrund ihrer Entstehung im Laufe der Geschichte einer logischen Ordnung entbehren, sondern auch wegen der dringenden Notwendigkeit ihrer Harmonisierung angesichts der Konkursrechtsreform erforderlich²⁴. Für die Überarbeitung hat sich der Gesetzgeber einen Zeitraum von sechs Monaten ab Inkrafttreten des Konkursgesetzes gegeben – bis zu diesem Zeitpunkt sollte ein entsprechender Gesetzesent-

²⁰ Oliva Santos/Diéz-Picazo Giménez/Vegas Torres/Banacloche Palao, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Art. 614, S. 1077 zur neuen Fassung der LEC (*Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*). Zur alten Fassung (Art. 1532 ff. LEC) vgl. auch Lacruz Berdejo, Elementos de derecho civil, Bd. II, 1. Teil, 1990, S. 389; Ríos Salmerón, Los privilegios del crédito salarial, S. 258; Werth, Warenkreditsicherung im deutsch-spanischen Wirtschaftsverkehr, S. 38.

²¹ Die Grundsteuerforderungen (Art. 1923 Nr. 1) sowie die Ansprüche der Versicherer (Art. 1923 Nr. 2) haben Vorrang vor den anderen in Art. 1923 genannten Forderungen, mithin auch vor denjenigen, die mit einer Hypothek gesichert sind (Art. 1927 Nr. 1). Diesen folgen in der Rangfolge die vermerkten und eingetragenen Hypothekenforderungen und Aufbaukredite (Art. 1923 Nr. 3, 4), die untereinander Vorrang nach der Reihenfolge des Zeitpunkts ihrer Eintragung oder Vermerks im Grundbuch haben (Art. 1927 Nr. 2).

²² Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E., Nr. 164, v. 10. Juli 1993, 26913.

²³ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

²⁴ Begründung des Konkursgesetzes XII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26913.

wurf im Parlament eingebracht werden (*D.F. trigésima* LC). Dieser zeitliche Rahmen wurde um einiges überschritten, da ein entsprechender Vorentwurf erst 2006²⁵ vorgelegt wurde²⁶ (vgl. hierzu ausführlich im 7. Kapitel E.II.).

Nach der derzeitigen Rechtslage stehen sich zwei unterschiedliche Konzeptionen über die Rangfolge der Forderungen gegenüber, d.h. die alte Regelung in der Einzelzwangsvollstreckung und die völlige Neuregelung im Konkurs. Die Koexistenz zweier unterschiedlicher Vorzugsrechtssysteme, die weder aufeinander abgestimmt sind, noch miteinander harmonisieren, birgt ein nicht zu unterschätzendes Risiko in sich. Es zeigt nicht nur, dass einzelne Vorzugsrechte keine Berechtigung haben, sondern verhindert derzeit auch die angestrebte „Verjüngung“²⁷ der Privilegien, für die der Konkursgesetzgeber mit so großem Nachdruck eingetreten war²⁸.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, zwei unterschiedliche Vorzugsrechtssysteme einzurichten, ist bei den spanischen Handelsrechtsexperten auf heftige Kritik gestoßen²⁹. Diese weisen auf das Risiko hin, dass sich die Gläubiger gerade deshalb unterschiedlich verhalten könnten, und befürworten daher eine einheitliche Regelung im Konkursgesetz. Das Zivilgesetzbuch könne für den Fall der Einzelzwangsvollstreckung einfach auf das Konkursgesetz verweisen. Andere Autoren geben zu bedenken, dass eine solche einheitliche Regelung einer entsprechenden „Verjüngung“ bedürfe. Zudem dürfe diese Regelung nicht im Konkursgesetz verankert werden, da der Konkurs dem „Neutralitätsprinzip“ folge³⁰. Darüber hinaus würde die Anerkennung bestimmter Privilegien in der Einzelzwangsvollstreckung sinnvoller erscheinen als im Konkursverfahren, wie etwa die vorfinanzierter Forderungen (*refaccionarios*)³¹ oder

²⁵ Zu diesem Entwurf hat bereits der *Consejo Económico y Social* (Beratungsgremium für Wirtschaft und Soziales) im Auftrag des Justizministeriums Stellung genommen. Vgl. hierzu sein *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de Ejecución singular* aus der ordentlichen Sitzung des *Pleno del Consejo Económico y Social* vom 31. Mai 2006.

²⁶ Einige Autoren haben einen derartigen Gesetzesentwurf für wenig wahrscheinlich gehalten, so Garrido, in: Rojo Fernández-Río, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 243, der schreibt „La tramitación de ese futuro Proyecto de Ley es cuanto menos incierta, siendo generosos.“

²⁷ In der spanischen Literatur wird dies auch als „poda“ de privilegios bezeichnet. Vgl. etwa Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 188.

²⁸ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 188.

²⁹ Insbesondere Rojo Fernández-Río, in: ders., La reforma de la Legislación Concursal, S. 127; Garrido, in: ebenda, S. 225, 243 f.; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 360 f.; Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 895; Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 216 f.; Rogel Vide, in: Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal, Madrid 2004, S. 33, 36 ff., treten für die Vereinheitlichung der Rangfolgesysteme ein. Ebenso kritisch Prieto Escudero, RDP 2005, S. 69, 80 f.

³⁰ Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 519. In diesem Sinne auch Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 259 ff.

³¹ Díez-Picazo, in: La reforma del Derecho de quiebra, S. 306 f.

Pfändungsvormerkungen³². Diese Argumentation kann nicht überzeugen, da sie die schwerwiegenden Folgen eines uneinheitlichen Systems außer Acht lässt – nämlich die unterschiedlichen Strategien der Gläubiger, die durch ihr Verhalten einen Konkurs womöglich erst heraufbeschwören könnten.

Die Zweigeteiltheit der Vorzugsrechtssysteme stellt mithin einen schweren Fehler in einem zentralen Punkt des gesamten Systems dar. Die Folgen sind schwer vorhersehbar. Es dürfte aber klar sein, dass sie weder positiv noch erwünscht sein werden. Die strategischen Möglichkeiten der Gläubiger liegen auf der Hand. Diejenigen Gläubiger, deren Forderungen außerhalb des Konkurses besser behandelt werden, werden mit allen Mitteln versuchen, ein Konkursverfahren über das schuldnerische Vermögen zu verhindern. Diejenigen Gläubiger, die im Konkurs besser gestellt sind, werden hingegen darauf drängen, dass ein Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners eingeleitet wird. Schließlich wird auch der Schuldner in dieses komplizierte Zusammenspiel der sich kreuzenden Strategien hineingezogen, so dass die Folgen noch unberechenbarer werden. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen steht Spanien mit der Regelung zwei verschiedener Rangfolgesysteme – innerhalb und außerhalb des Konkurses – allein. Es ist daher sehr zu bedauern, dass die Anstrengungen, eine neue moderne und gerechte Rangfolgeordnung zu schaffen, durch die Beibehaltung der alten Vorzugsrechte außerhalb des Konkurses, wieder zunichte gemacht wurden.

II. Klassifizierung der Forderungen nach dem Konkursgesetz

1. Zielsetzung des Gesetzgebers

Der spanische Gesetzgeber hat sich bei der Einteilung der Forderungen im Konkurs von unterschiedlichen Gesichtspunkten leiten lassen. Die Überlegung, dass die wirtschaftliche Krise des Schuldners, deren juristische Folge der Konkurs ist, für alle Gläubiger ein abträgliches Ereignis darstellt, hat den Gesetzgeber zu dem Schluss kommen lassen, dass sich die Gläu-

³² *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 519. Anderer Meinung ist hier jedoch *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 92, 93, der in der Nichtprivilegierung der Pfändungsvormerkung (*anotación preventiva de embargo*) im Konkurs Willkür des Gesetzgebers sieht. Das Konkursgesetz bestimme den Vorrang bei besonderen Privilegien, die auf ein und derselben Sache ruhen, nach dem Prioritätsprinzip (Art. 155 Abs. 3 S. 3 LC), behandelt hierbei aber nicht die außerhalb des Konkurses zeitlich vor einer Hypothek eingetragene Vormerkung als vorrangig, wie dies außerhalb des Konkurses der Fall ist (Art. 1927 Nr. 2, Art. 1923 Nr. 4 CC). Es sei kein Grund ersichtlich, der die Beseitigung dieser Regel im Konkurs rechtfertigen würde. Nach dieser Ansicht können nach der Eintragung der Konkurseröffnung keine Vormerkungen mehr eingetragen werden, auch wenn der Pfändungsbefehl bereits davor ergangen ist (a.A. sind in diesem Punkt *Curiel Lorente*, Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad, S. 96; *Dominguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 842). Dennoch eingetragene Vormerkungen sind wirkungslos. Pfändungsvormerkungen können zwar bei Vollstreckungsverfahren vorgenommen werden, die nicht mit dem Konkurs verbunden worden sind, aber auch diese entfalten keine vorrangige Wirkung im Konkurs, da sie kein Privileg genießen (Art. 90 und 91 LC).

biger die Einbußen aus dem Konkurs des Gemeinschuldners zumindest bis zu einem gewissen Grad zu teilen haben. Zum anderen machte der im Laufe der Geschichte des spanischen Konkursrechts immer weiter aufgeblähte Katalog der Vorzugsrechte die vollständige Überarbeitung aller in diesem überbordenden System der Bevorrechtigung vorkommenden Gründe für ein Vorzugsrecht notwendig³³.

Letztlich ist auch das Leitmotiv des Gesetzgebers auf die exzessive Zunahme der Gründe von Vorzugsrechten im spanischen Recht zurückzuführen. Die *par conditio creditorum* sollte im Grunde genommen nicht wiederhergestellt werden, da eine solche in der Realität nie existiert hat³⁴. Vielmehr sollte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegenüber dem erheblichen Anstieg der Vorzugsrechte im alten System wiederhergestellt werden. Ziel war es, die Situation der einfachen Gläubiger zu verbessern. Nach der alten Rechtslage gehörten diese zu der Gläubigergruppe, die von der Insolvenz des Schuldners am meisten betroffen war. Denn eine signifikante Befriedigung der einfachen Gläubiger war sehr unwahrscheinlich. Der Gesetzgeber versuchte sich dieser Problematik auf verschiedene Art und Weise anzunehmen. Zum einen wollte er Anzahl und Umfang der bevorrechtigten Forderungen reduzieren. Zum anderen schuf er eine neue Gläubigerkategorie, die der nachrangigen Gläubiger. Beides sollte zu einer besseren Befriedigung der einfachen Gläubiger im Konkursverfahren führen³⁵.

Die erhebliche Vereinfachung der Skala der Rangfolgen der Forderungen verdient nicht zuletzt Anerkennung, weil damit den neuesten Tendenzen der Rechtsvergleichung gefolgt wurde. Der Konkurs gewinnt an Einfachheit und Schnelligkeit. Die Gründe für eine Bevorzugung sind sehr viel effektiver und die Stellung der einfachen Gläubiger erscheint gestärkt³⁶.

2. Überblick über die Einstufung der Forderungen

Von der Klassifizierung der Forderungen sind nur diejenigen Konkursforderungen erfasst, die die Passivmasse des Konkurses bilden. Die Passivmasse wird negativ von den Forderungen gegen die Masse abgegrenzt (Art. 84 Abs. 1 S. 1 LC), die sich deshalb von den Konkursforde-

³³ Garrido, in: Rojo, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 227.

³⁴ Rogel Vide, in: Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 53. Vgl. auch Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 358 f.; dies., in: Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Duque, Bd. II, S. 1584 ff.; dies., REFor, documento Nr. 5, Oktober 2002, S. 120 ff.

³⁵ Damit wird letztlich eine Rückkehr zu dem ursprünglichen Konzept der *quiebra* gesucht, in der versucht wurde, die durch die Insolvenz des Schuldners verursachten Verluste unter der hohen Anzahl der einfachen Gläubiger zu verteilen, um auf diese Weise den bei jedem einzelnen verursachten Schaden zu minimieren, so Garrido, in: Rojo, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 227.

³⁶ Garrido, in: Rojo Fernández-Río, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 227 f.

runge unterscheiden³⁷. Noch vor der Zahlung der Konkursforderungen werden die zur Befriedigung der Forderungen gegen die Masse erforderlichen Sachen und Rechte von der Aktivmasse abgezogen (Art. 154 LC). Sie spielen im Gesamtgefüge des Konkurses hinsichtlich der Forderungen eine wichtige Rolle und sollen daher nicht unberücksichtigt bleiben.

Die Konkursforderungen werden in drei Klassen eingestuft: in privilegierte, einfache und nachrangige Forderungen (Art. 89 Abs. 1 LC)³⁸. Die privilegierten Forderungen werden ihrerseits ein weiteres Mal unterteilt in Forderungen mit besonderer Privilegierung, wenn sie bestimmte Sachen und Rechte betreffen, und in Forderungen mit allgemeinem Privileg, wenn sie die Gesamtheit des Vermögens des Schuldners betreffen (Art. 89 Abs. 2 S. 1 LC). Unter einer Privilegierung ist hierbei die vorrangige Befriedigung der hiernach klassifizierten Forderungen gegenüber einfachen und nachrangigen Forderungen im Falle der Liquidation zu verstehen (Art. 155, 156 LC). Daneben wird im Konkurs kein anderes Privileg oder Vorzugsrecht zugelassen, das nicht im Konkursgesetz als solches anerkannt ist (Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC).

3. Forderungen gegen die Masse

Wie bereits erwähnt, wird die Passivmasse, die sich aus den Konkursforderungen zusammensetzt, anhand einer negativen Abgrenzung von den Forderungen gegen die Masse bestimmt. Die Regelung der beiden Forderungsarten innerhalb derselben Überschrift (Art. 84 LC: *Créditos concursales y créditos contra la masa*) machte eine solche Abgrenzung erforderlich, obwohl Forderungen gegen die Masse eigentlich Schulden der Aktivmasse sind³⁹. Die systematische Einordnung dieser Forderungen mag daher kritisierbar sein⁴⁰.

Die bislang nur von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Forderungen gegen die Masse⁴¹ erhalten im Konkursgesetz erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung⁴². Forderungen gegen die Masse können grundsätzlich in zwei Arten von Forderungen eingeteilt werden: solche, die vom Konkursverfahren selbst verursacht werden (etwa durch den Konkurs herbeigeführte Gerichts- und Verfahrenskosten) und solche Verpflichtungen, die wäh-

³⁷ Pérez del Blanco, La formación de la masa pasiva en la nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de los créditos, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 69; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 363. Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 896 geht wegen der Unterscheidung von Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten auch nur von diesen beiden Forderungsklassen aus.

³⁸ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 271.

³⁹ Eine stimmigere Regelung enthielt dagegen Art. 103 der *Propuesta de Ley Concursal* von 1995. Vgl. Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 363.

⁴⁰ Kritisch Beltrán Sánchez, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la legislación concursal, S. 330 ff.

⁴¹ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 363.

⁴² Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 70.

rend des Konkurses entstanden oder im Konkurs aufrechterhalten worden sind⁴³. Wesentliches Merkmal dieser Forderungen ist, dass sie gegenüber Konkursforderungen Vorrang genießen⁴⁴. Art. 84 Abs. 2 LC regelt in elf Unterpunkten, welche Forderungen hierzu gehören, wobei dort die Unterscheidung in zwei Forderungsarten fast untergegangen ist⁴⁵.

In Ausnahme zu dem soeben genannten Grundsatz zählen nach dem Konkursgesetz auch Lohnforderungen⁴⁶ der letzten 30 Tage vor Konkurseröffnung zu Forderungen gegen die Masse und zwar in einer Höhe, die den doppelten Betrag des allgemeinen Mindestlohnes⁴⁷ nicht übersteigt (Art. 84 Abs. 2 Nr. 1, 154 Abs. 2 S. 2 LC)⁴⁸. Nach altem Recht hatten die Arbeitnehmer das sog. „*superprivilegio salarial*“ des Art. 32 Abs. 1 *Estatuto de los Trabajadores* (ET)⁴⁹ inne, das allen anderen Forderungen, einschließlich der hypothekarisch abgesicherten, vorging (vgl. zu diesem Verhältnis auch im 5. Kapitel A.V.2.).

Zu den Forderungen gegen die Masse gehören auch Gerichtskosten, die im Zusammenhang mit dem Konkurs entstanden sind (detailliert in Art. 84 Abs. 2 Nr. 2, 3 LC), sowie der Unterhalt des Konkursschuldners und dessen Familie (Art. 84 Abs. 2 Nr. 4 LC)⁵⁰.

Masseverbindlichkeiten⁵¹ vertraglichen Ursprungs sind in Art. 84 Abs. 2 Nr. 9, 6, 7 und 8 LC geregelt – so etwa Forderungen, die Verpflichtungen entspringen, die während des Konkursverfahrens von der Konkursverwaltung oder dem Konkursschuldner unter Aufsicht der Konkursverwaltung wirksam entstanden sind (Art. 84 Abs. 2 Nr. 9 LC). Zu solchen Masse-

⁴³ Beltrán Sánchez, in: *Preferencia de crédito*, S. 201 ff.; Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal*, S. 357, 364.

⁴⁴ Beltrán Sánchez, in: *Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 84, S. 1499. Anders ausgedrückt könnte von Forderungen gesprochen werden, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, so Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 502. Vgl. hierzu auch Rogel Vide, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal*, S. 33, 39 ff.

⁴⁵ Sowohl in der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995 als auch in dem Gesetzesentwurf von 2000 war eine klare Unterscheidung vorhanden, diese verlor sich aber zusehends im Gesetzgebungsverfahren. Vgl. auch Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal*, S. 357, 364.

⁴⁶ Vgl. allgemein zu den Lohnforderungen im Konkursgesetz Rogel Vide, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal*, S. 33, 49 f.

⁴⁷ Der allgemeine Mindestlohn („*salario mínimo interprofesional*“) wird in Spanien jährlich von der Regierung nach Beratung mit den Verbänden festgesetzt (Art. 27 ET), vgl. Schröder, RIW 2004, S. 610, 612.

⁴⁸ Im *Proyecto de Ley Concursal* war eine solche Norm zwar noch nicht vorhanden, jedoch existierte ein Art. 154, nach dem jene Lohnforderungen vor der Befriedigung der Konkursforderungen zu befriedigen war, was aber letztlich – trotz der Einordnung als Konkursforderung – der Behandlung einer Forderung gegen die Masse entsprach. Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 507 f.

⁴⁹ Art. 32 Abs. 1 ET: „*gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado con prenda o hipoteca*“.

⁵⁰ Die Zuordnung des Unterhalts zu Kosten oder Masseverbindlichkeiten war schon immer umstritten. Vgl. Bermejo Gutiérrez, *Céditos y quiebra*, S. 67 f., Fn. 20 m.w.N.

⁵¹ Pérez del Blanco, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67, 70 und Uría/Menéndez Menéndez /Beltrán Sánchez, *Curso de Derecho Mercantil*, Bd. II, S. 969 teilen die Forderungen gegen die Masse grundsätzlich in Kosten und Masseverbindlichkeiten ein.

verbindlichkeiten zählen auch unerfüllte Leistungspflichten des Konkursschuldners aufgrund gegenseitiger Verträgen, die nach Konkurseröffnung wirksam bleiben (Art. 84 Abs. 2 Nr. 6 LC), sowie Forderungen, die zuvor gelöscht und nach Art. 68 Abs. 1, 69 Abs. 1 und Art. 70 LC geheilt worden sind (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7 LC). Schließlich ist auch die Rückerstattungspflicht aufgrund der Aufhebung von Rechtsgeschäften des Konkursschuldners durch den Konkurs gemäß Art. 73 Abs. 3 LC eine Masseverbindlichkeit (Art. 84 Abs. 2 Nr. 8 LC). Von den Masseverbindlichkeiten vertraglichen Ursprungs sind noch die Forderungen mit einem besonderen Vorzugsrecht, deren Erfüllung ohne Verwertung der betroffenen Sachen und Rechte erfolgt, hervorzuheben (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7 LC). Masseverbindlichkeit gesetzlichen Ursprungs finden sich in Art. 84 Abs. 2 Nr. 10 LC. Unter den vielen Nummern des Art. 84 Abs. 2 LC kommt es aber auch zu inhaltlichen Überschneidungen, die der Gesetzgeber hätte vermeiden können.

Forderungen gegen die Masse sind zudem alle anderen Forderungen, die von dem Konkursgesetz ausdrücklich als Forderungen gegen die Konkursmasse benannt worden sind (Art. 84 Abs. 2 Nr. 11 LC). Hierunter sind die Forderungen der Vergütung der Konkursverwalter und der unabhängigen Experten zu verstehen (Art. 34 Abs. 1 und Art. 83 Abs. 2 LC)⁵².

Die erhöhte Anzahl von Masseforderungen minimiert aber die Aussichten der Konkursgläubiger auf Befriedigung⁵³. Denn die Masseforderungen werden zuerst von der Aktivmasse abgezogen und den Konkursgläubigern bleibt zu ihrer Befriedigung nur der Rest. Überdies finden sich in der Kategorie der Masseschulden nunmehr Forderungen, die ihrer Natur nach eigentlich keine Masseforderungen, sondern Konkursforderungen sind (wie etwa die Lohnforderungen der letzten 30 Tage vor Konkurseröffnung). Die Kategorie der Masseforderungen wurde stark verzerrt und die neu eingeführte Regelung wirkt zusammenhanglos.

4. Privilegierte Forderungen

a) Neuordnung

Die Gründe für die Bevorrechtigung von Forderungen bedurften dringend einer Rationalisierung und Neuordnung. Traditionell wird zwischen speziellen und generellen Gründen der Bevorzugung unterschieden. Bei den speziellen Gründen ist eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Gruppe von Sachen des schuldnerischen Vermögens betroffen, bei den generellen

⁵² In dem *Proyecto de Ley Concursal* war dieser Komplex noch innerhalb der Vorschrift des Art. 83 (jetzt Art. 84 LC) in Nr. 3 enthalten. Erst im *Informe de la Ponencia del Congreso* verschwand diese Passage. Vgl. *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 502.

⁵³ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 365.

dagegen die Gesamtheit des schuldnerischen Vermögens⁵⁴. Dies ist auch im Konkursgesetz berücksichtigt worden (Art. 89 Abs. 2 S. 1 LC). Logische Konsequenz ist die vorrangige Behandlung der speziellen Gründe vor den generellen Gründen eines Vorzugsrechts.

b) Ungenauigkeit des Begriffs „Privileg“

Der spanische Gesetzgeber verwendet im Konkursgesetz den Begriff des „Privilegs“ (*privilegio*) für die Gründe der Bevorzugung bestimmter Forderungen (Art. 89, 90, 91 LC). Diese Bezeichnung wurde aus dem *Anteproyecto de Ley Concursal* von 1983 übernommen. Der Begriff ist jedoch ungenau, da viele der im Konkursgesetz als Privileg bezeichneten Rechte eigentlich dingliche Sicherheiten sind. Zu Recht wird deshalb kritisiert⁵⁵, dass der Gesetzgeber nicht der klassischen Unterscheidung zwischen dinglichen Sicherheiten und Privilegien als Gründe für eine Bevorzugung gefolgt ist.

(1) Allgemeines Konzept eines Vorzugsrechts

Zunächst stellt sich die Frage nach dem allgemeinen Konzept eines Vorzugsrechts. In der spanischen Rechtsordnung fehlt eine gesetzliche Definition⁵⁶. Der Begriff kann aber dennoch anhand verschiedener rechtstechnischer Instrumente bestimmt werden⁵⁷. Unter einem Vorzugsrecht ist daher das einem Gläubiger gesetzlich zuerkannte Recht⁵⁸ auf vorrangige Befriedigung seiner Forderung bei der Erlösverteilung⁵⁹ der Sachen des Gemeinschuldners⁶⁰ gegenüber den Forderungen eines oder mehrerer anderer Gläubiger zu verstehen. Dem Gläubiger wird somit vom Gesetz ein Vorzug bei der Verteilung des Nettoerlöses aus einer Vollstreckung gegenüber den anderen beteiligten Personen eingeräumt⁶¹. Der herkömmliche Schutz des Forderungsrechts wird hierbei durch das Hinzukommen eines neuen persönlichen Rechts verstärkt, das nicht gegenüber dem Schuldner ausgeübt wird, sondern gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners. Die Funktion des später hinzugefügten Rechts besteht allein dar-

⁵⁴ Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 228.

⁵⁵ Vgl. insbesondere Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 228 f.; Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 517; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 369; Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 896; Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 190, 194.

⁵⁶ Ebenso wenig existiert eine gesetzliche Definition zu dem vom Gesetzgeber verwendeten Begriffs des Privilegs, Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 190.

⁵⁷ Umfassend hierzu vor allem Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 35 ff.

⁵⁸ Im spanischen Recht finden sich kaum Bezugsstellen zur Natur des Privilegs.

⁵⁹ Dies ist so zu verstehen, dass das Vorzugsrecht nicht auf dem Preis der vollstreckten Sachen ausgeübt wird, sondern auf den Betrag, der sich ergibt, wenn die entsprechenden Vollstreckungskosten abgezogen sind.

⁶⁰ Ob es sich hierbei immer um einen Gemeinschuldner handelt, ist fraglich. Vgl. hierzu ausführlich Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 38, 29 Fn. 19.

⁶¹ Aus dieser Definition lässt sich ableiten, dass es sich um jede Art von Vollstreckung handeln kann, gleich ob Einzel- oder Gesamtvollstreckung.

in, das erste Recht in seiner Unversehrtheit und seiner Befriedigung zu schützen. Das Forderungsrecht wird inhaltlich nicht verändert, sondern nur in seinem Schutz intensiviert. Indem der privilegierte Gläubiger sein Vorzugsrecht den anderen Gläubigern desselben Schuldners gegenüber einwenden kann, schützt er die Befriedigung seines eigenen Forderungsrechts⁶². Ein Vorzugsrecht kommt also immer dann zum Tragen, wenn der Erlös nicht ausreicht und mehrere Gläubiger aufeinander treffen.

Das Vorzugsrecht kann aber auch gegenüber anderen Personen als den Gläubigern des Schuldners Wirkung entfalten – wie etwa bei dinglichen Sicherheiten, die von einem Dritten bestellt wurden. Die Bestellung einer dinglichen Sicherheit an einer dem Schuldner gehörenden Sache gewährt gegenüber den anderen Gläubigern des Gemeinschuldners ein „dingliches Vorzugsrecht“⁶³. Die Sache, auf der das Recht des Gläubigers lastet, kann übertragen werden. Der Gläubiger verliert hierdurch aber nicht sein Vorzugsrecht, da dies gerade Ausdruck der „Dinglichkeit“ des Rechts ist. Der Gläubiger kann somit trotz Übertragung der Sache sein Vorzugsrecht ausüben. Dies müssen die Gläubiger des neuen Eigentümers der Sache respektieren⁶⁴.

(2) Unterscheidung zwischen Privileg und dinglicher Sicherheit

Die in vielen Rechtsordnungen hinsichtlich des Forderungsschutzes entwickelte klassische Unterscheidung zwischen Privilegien und dinglichen Sicherungsrechten als Gründe für Vorzugsrechte⁶⁵ hat im spanischen Recht keine gesetzliche Entsprechung gefunden⁶⁶. Privilegien und dingliche Sicherheiten unterscheiden sich aber in ihrer Herkunft deutlich voneinander. So sind die Wurzeln eines Privilegs unmittelbar im Gesetz zu suchen (*opera legis*)⁶⁷, während die dingliche Sicherheit vom Gesetz nur im Allgemeinen berücksichtigt wird, da für deren Entstehung eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner sowie die Einhaltung der vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen und Formalitäten erforderlich sind. Dingliche

⁶² Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 37 ff.

⁶³ Das ist die Unterscheidung, die zwischen dem bloßen „Privileg“ bzw. „Vorzugsrecht“ und dem „Rang“ getroffen werden kann. Vgl. Pardo Nuñez, Anotaciones judiciales de embargo y demanda, S. 153 ff.

⁶⁴ Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 40.

⁶⁵ Vgl. auch Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 188 f., sowie vor allem Garrido, Garantías reales, privilegio y par condicio, S. 97 ff.

⁶⁶ Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 57, 59.

⁶⁷ Vgl. Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 229; Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 190. Zur Unterscheidung zwischen Privilegien und dinglichen Sicherheiten, vgl. auch Álvarez Caperochipi, El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso, S. 156 ff., der aber einen anderen Ansatz vertritt. Der wesentliche Unterschied zwischen einem Privileg und einer Hypothek als dinglichem Recht sei in der Wirksamkeit der Hypothek gegenüber Verfügungsgeschäften, die vor der Bestellung der Hypothek erfolgt sind, zu sehen. Denn eine solche Wirkung sei bei Privilegien nicht zu beobachten, S. 157.

Sicherheiten bilden mithin sehr komplex strukturierte Gründe für ein Vorzugsrecht. Dem Gläubiger einer dinglichen Sicherheit wird hierdurch ein Vorzugsrecht eingeräumt, das akzessorisch, tatbestandsmäßig, gesetzlich und relativ ist⁶⁸.

Indes unterscheiden sich Privilegien und dingliche Sicherheiten nicht nur in ihrem Ursprung, sondern auch in rechtspolitischer Hinsicht. Privilegien sind Instrumente des Gesetzgebers, um diejenigen Gläubiger zu bevorzugen, deren Schutz als besonders notwendig erachtet wird, insbesondere im Falle der Insolvenz des Schuldners. Sie verdeutlichen daher das gesetzgeberische Eingreifen in die Wirtschaft. Dingliche Sicherheiten hingegen stellen sich in rechtspolitischer Sichtweise anders dar. Der Gesetzgeber räumt der Privatautonomie⁶⁹ hier einen großen Spielraum ein, damit Privatpersonen die von ihnen angestrebte Finanzierung nach ihren Bedürfnissen gestalten können.

Unverständlich ist daher, warum der spanische Gesetzgeber in dieser Hinsicht auf eine korrekte Terminologie im Konkursgesetz verzichtet hat⁷⁰. Zahlreiche Auslegungsschwierigkeiten hätten so vermieden werden können, etwa im Zusammenhang mit der Regelung des Art. 56 LC. Anders als Art. 90 LC spricht Art. 56 LC von dinglichen Sicherheiten, enthält aber weder eine Definition, noch einen Verweis auf Art. 90 LC. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber den Unterschied zwischen dinglicher Sicherheit und Privileg klar gesehen hat. Dennoch hat er in Art. 90 LC nicht herausgestellt, welche der Sicherheiten „dinglich“ sind und damit unter Art. 56 LC fallen. Dies ist sehr zu bedauern.

c) Besonders privilegierte Forderungen

In der Regelung der besonders privilegierten Forderungen des Art. 90 LC⁷¹ sind alle dinglichen Sicherheiten einschließlich des einzigen weiterhin existierenden speziellen Privilegs der Aufbaukredite enthalten. Indem in die neue Regelung alle dinglichen Sicherheiten und einige umstrittene – der Rechtsprechung entsprungene Varianten – aufgenommen worden sind⁷², hat der Gesetzgeber die Gelegenheit ungenutzt verstreichen lassen, diesen wichtigen Rechtsbereich umfassend zu modernisieren.

⁶⁸ Vgl. Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 61.

⁶⁹ Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 58. Mezquita García-Granero, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 191 spricht hier von einem *numercus clausus* der Sicherheiten, wie Hypothek, Pfandrecht und Antichrese. Den Parteien stehe lediglich frei, für welche Sicherheit sie sich entscheiden.

⁷⁰ So auch Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 229.

⁷¹ Zu den besonders privilegierten Forderungen auch Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 208 ff.

⁷² Vgl. vor allem Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 229.

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die in Art. 90 LC aufgenommenen, zu einem besonderen Privileg berechtigenden Sicherheiten gegeben werden. Eine detaillierte Darstellung der Immobiliarsicherheiten folgt in den sich anschließenden beiden Kapiteln.

(1) Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC

Unter besonders privilegierte Forderungen fallen nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC Forderungen, die mit einer vertraglichen oder gesetzlichen Hypothek, mit einer Immobilier- oder Mobiliarpfandhypothek, oder mit einem besitzlosen Pfandrecht an hypothekarisch oder pfandrechtslasteten Sachen gesichert sind. Eine ausführliche Betrachtung der Immobilienhypothek erfolgt im fünften Kapitel (A.).

(2) Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC

Besonders privilegiert sind nach der neuen Gesetzgebung nunmehr auch die durch eine Antichrese (*anticresis*) abgesicherten Forderungen hinsichtlich der Früchte der belasteten Immobilie (Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC). Welche Schwierigkeiten diese Neuregelung mit sich bringt, wird im fünften Kapitel (F.II.) erläutert.

(3) Art. 90 Abs. 1 Nr. 3 LC

Ein besonderes Privileg genießen auch die Baugelder und die Bauhandwerkerforderungen (*créditos refaccionarios*)⁷³, die sich auf Güter erstrecken, die Gegenstand von Baugeldleistungen bzw. Bauhandwerkerleistungen sind (*bienes refaccionarios*), einschließlich der Forderungen der Arbeiter wegen der von ihnen erstellten Objekte, solange diese im Eigentum oder im Besitz des Gemeinschuldners sind (Art. 90 Abs. 1 Nr. 3 LC). Der *crédito refaccionario* ist gesetzlich nicht definiert. Er kann aber als Forderung beschrieben werden, die einem Vertragsverhältnis entspringt, das direkt zu einer bestimmten Herstellung geführt hat – etwa als Ergebnis eines Baus, einer Ausbesserung, einer Erhaltung oder von Bauarbeiten im Sinne einer nützlichen Aufwendung an einer fremden Sache⁷⁴. Das Privileg an diesen Sachen erfasst

⁷³ Zu dieser Problematik vgl. auch *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 210 f. und ausführlich *Álvarez Caperochipi*, El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso, S. 189 ff.

⁷⁴ So die gängige Definition von *De Ángel Yagüez*, Los créditos derivados del contrato de obra, S. 201. Von einer leicht abweichenden Definition geht *Mezquita García-Granero*, Garantías del constructor: el crédito refaccionario, S. 273 ff. aus, sowie *Álvarez Caperochipi*, El registro de la propiedad, S. 189 ff. Zur Rechtsprechung des STS 21.5.1987 (ARJ 1987, 4432) und STS 26.2.1966 (ARJ 1966, 856). *Peuster*, Código Civil, Das spanische Zivilgesetzbuch, Art. 1923 Nr. 3 Fn. 1, S. 959 umschreibt die *créditos refaccionarios* als Kredite, die gewährt werden, um mit den überlassenen Mitteln Gebäude zu errichten oder instand zu setzen. Abweichend vom Grundsatz, dass nur solche Rechte, die mit einer *escritura pública* begründet wurden, eintragungsfähig sind, können die *créditos refaccionarios* unter bestimmten Voraussetzungen im Grundbuch gemäß der Regelung im Hypothekengesetz (Art. 59 bis 64, 92 bis 95 LH) eingetragen werden.

jedoch nur den Wertzuwachs, den die Sachen durch die vorgenommene Reparatur oder den Bau erfahren haben, und nicht den Gesamtwert der Sachen⁷⁵. Die Baugelder wurden neben den dinglichen Sicherheiten als einzige besonders privilegierte Forderungen im engeren Sinne des Begriffes im Konkursgesetz beibehalten. Ihre Wirkung ähnelt der einer Hypothek⁷⁶. Ihre Einordnung bei den besonders privilegierten Forderungen erscheint daher auch nicht unangebracht, obwohl die Aufrechterhaltung der Privilegierung dieser Forderungen auch kritisiert wurde⁷⁷. Normalerweise ist der objektive Anwendungsbereich des Privilegs auf Immobilien begrenzt, wird hier aber noch mehr eingeschränkt, da sich das Privileg nur auf eingetragene Baugelder (im weiten Sinne) bezieht⁷⁸. Im Grunde scheint dem Gesetzgeber zwar eher eine Forderung für den Aufbau einer Immobilie vorgeschwebt zu haben. Dies spricht jedoch nicht dagegen, das Privileg der Baugelder an beweglichen Sachen beizubehalten, vorausgesetzt, diese sind im Mobiliarregister eingetragen⁷⁹.

Absolut überflüssig erscheint allerdings der Zusatz über die Forderungen der Arbeiter, der weder in der *Propuesta* aus dem Jahr 1995 noch in dem Gesetzesentwurf, der der *Ley Concursal* vorausging, enthalten war⁸⁰. Er widerspricht den Empfehlungen des *Consejo Económico y Social* und passt nicht in ein System der bevorrechtigten Forderungen, in dem die Baugelder zu einer rein registerrechtlichen Angelegenheit geworden sind⁸¹.

(4) Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC

Des Weiteren wird den Forderungen der Leasinggeber, Verkäufer oder gegebenenfalls Finanzierungsgeber auf Leasingraten oder Kaufpreiskraten für bewegliche oder unbewegliche Gegenstände, hinsichtlich derer ein Eigentumsvorbehalt, ein Veräußerungsverbot oder eine auflösende Bedingung für den Fall der Nichtzahlung besteht, ein besonderes Privileg gewährt (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC)⁸². Anders als bei den übrigen besonderen Privilegien des Art. 90

⁷⁵ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 72; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 191.

⁷⁶ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 374 f.

⁷⁷ Díez Picazo, in: La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, S. 293, 305 ff.

⁷⁸ Zur Reichweite und zum Anwendungsbereich des Baugeldprivilegs sowie zu den Kosten vgl. Cordero Lobato, El privilegio del crédito refaccionario, insgesamt; Eiranova, Diario La Ley, Nr. 5521, vom 11.4.2002, S. 1 ff., wo auf die Exzesse hingewiesen wird, die die Ausweitung des Privilegs auf jede Art von Forderungen, die mit dem Aufbau, wenn auch nur entfernt, zu tun haben. Zur Rangfolge der Aufbaukredite untereinander vgl. Gil Rodríguez, CCJC 1990, Nr. 23, S. 571 ff.

⁷⁹ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 375.

⁸⁰ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 375.

⁸¹ Garrido, in: Rojo Fernández-Río, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 230.

⁸² Bei Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ist darauf hinzuweisen, dass im Gesetzgebungsverfahren, genauer im *Informe de la Ponencia del Congreso*, die Worte „o vendidos“ herausgenommen wurden, die in Art. 89 Abs. 1 Nr. 4 LC zwischen „bienes arrendados“ und „con reserva de dominio“ standen. Hierdurch ist jedoch der Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC unverständlich geworden. Näheres hierzu im 5. Kapitel B.II.

Abs. 1 LC ist in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC nicht die abgesicherte Forderung in ihrer Gesamtheit erfasst (Hauptforderung, Zinsen, Entschädigungen und Kosten), sondern es sind nur die Raten des Finanzierungsleasings (*créditos por cuotas*) oder die Abzahlungsraten des Kaufvertrages (*créditos por plazos*) einbezogen⁸³. Besonders privilegiert sind daher weder Zinsforderungen, Entschädigungen noch Strafen. Hinsichtlich dieser Ansprüche ist der Gläubiger nur Inhaber einfacher Forderungen. Ob der Gesetzgeber diese Konsequenz gewollt hat oder ob er sich dieser überhaupt bewusst war, ist nicht sicher⁸⁴. Fest steht nur, dass es hierdurch zu einer starken Verzerrung gekommen ist.

Das Konkursgesetz greift unter dieser Rubrik Rechtsfiguren auf, die das Eigentum als Sicherheit heranziehen⁸⁵. Diesen wird ein besonderes Privileg zugestanden, wenn sie unter den Voraussetzungen und Formalien der jeweils einschlägigen Gesetze begründet wurden und Dritten gegenüber wirksam sind. Problematisch ist aber, dass sich im Konkursgesetz auch an anderen Stellen Vorschriften zu diesen Rechtsfiguren finden. Das Zusammenspiel der verschiedenen einschlägigen Regelungen ist nicht immer gelungen und führt mitunter zu überraschenden Möglichkeiten für die Gläubiger (vgl. hierzu ausführlich im fünften Kapitel B., C., D.).

(5) Art. 90 Abs. 1 Nr. 5 und 6 LC

Schließlich zählen zu den besonders privilegierten Forderungen auch Forderungen mit Wertpapiergarantie⁸⁶, die durch eine Bucheintragung verkörpert sind⁸⁷, an den belasteten Wertpapieren (Art. 90 Abs. 1 Nr. 5 LC) und Forderungen, die mit einem in einer öffentlichen Urkunde⁸⁸ bestellten Pfandrecht gesichert sind, an den verpfändeten Sachen oder Rechten, die sich im Besitz des Gläubigers oder eines Dritten befinden (Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 1). Handelt

⁸³ Die vor dem Konkurs entstandenen Kosten sind Teil der Forderung, wenn dies so vereinbart wurde und entsprechend im Konkurs angemeldet wurde. Problematischer sind dagegen Kosten, die nach dem Konkurs durch die Vollstreckung der Sicherheit verursacht wurden. Vernünftig erscheint anzunehmen, dass der Gläubiger diese von dem erzielten Wert abziehen kann, bevor der Restbetrag der Vollstreckung dem Konkurs zugeführt wird. So *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 53 Fn. 51.

⁸⁴ *Carrasco Perera* schlägt daher eine systematische Auslegung von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 vor, die mit dem Rest der Vorschrift konform geht, in Los derechos de garantía, S. 53.

⁸⁵ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 376.

⁸⁶ Zum Pfandrecht an Wertpapieren allgemein *Salinas Adelantado*, El régimen jurídico de la prenda de valores negociables.

⁸⁷ Das Pfandrecht an Wertpapieren erfordert die Eintragung in dem von der Verwaltungsgesellschaft geführten Buch. Diese hat konstitutive Wirkung und entspricht einer Verschiebung des Wertpapiers (Art. 10 LMV, Art. 50 und Art. 51 Real Decreto 116/1994, de 14 de febrero). Vgl. auch *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 371.

⁸⁸ Das Erfordernis der öffentlichen Urkunde ist ebenso in Art. 1865 CC und Art. 8 .1.2 *Ley 11/1991 de Cataluña* enthalten. Vgl. *Dominguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 272.

es sich um ein Forderungspfandrecht⁸⁹, ist ein Dokument mit beglaubigtem Datum ausreichend (Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 LC).

Das Gesetz greift hierbei die Orientierung des *Tribunal Supremo* zum Forderungspfandrecht auf⁹⁰, was auf unterschiedliche Reaktionen gestoßen ist⁹¹. Das Forderungspfandrecht bedarf für seine Begründung nur eines Dokuments mit beglaubigtem Datum nach Art. 1218, 1227 CC, also keiner öffentlichen Urkunde. Der Schuldner der verpfändeten Forderung muss nicht benachrichtigt werden⁹².

Die Nummern 5 und 6 des Art. 90 Abs. 1 LC weisen jedoch eine gewisse Ungenauigkeit auf, die aus der Aufnahme von „Rechten“ im Allgemeinen in Nr. 6 S. 1 der Vorschrift als Gegenstand eines Pfandrechts resultiert. Der Gesetzgeber fordert dort zur Begründung eines Pfandrechts den Wechsel des Besitzes auf den Gläubiger oder auf einen Dritten. In Nr. 6 S. 2 setzt er dieser Regelung indes das ausschließlich an „Forderungen“ bestehende Pfandrecht entgegen. Korrekt wäre gewesen, Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 LC auf die Rechte an körperlichen Sachen zu beschränken und den zweiten Satz dieser Nummer auf die in der Überschrift des Buches IV, Abschnitt IV, Kapitel VII als „Immaterialgüterrechte“ bezeichneten Rechte auszuweiten, d.h. auf Rechte, die immaterielle Güter umfassen und daher nicht fähig sind, den Besitz im eigentlichen Sinne zu wechseln⁹³. Abgesehen vom fehlerhaften Wortlaut der Vorschrift führt diese aber auch sonst zu keinen annehmbaren Ergebnissen. Beispielsweise sind das Pfandrecht an Aktien, die weder durch eine Urkunde noch durch eine Bucheintragung verkörpert sind, und das Pfandrecht an Gesellschaftsanteilen nicht als Vorzugsrechte im Konkurs berücksichtigt worden, da es sich konzeptionell nicht um Rechte handelt, bei denen der Besitz an den Gläubiger oder einen Dritten verpfändet wird⁹⁴.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Problematik auch *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 371 ff.

⁹⁰ Zur *prenda de créditos* SSTS 19.4.1997 (ARJ 1997, 3429), 7.10.1997 (ARJ 1997, 7101), 13.11.1999 (ARJ, 9046) und 25.4.2001. Vgl. auch *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 229.

⁹¹ So sieht *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 532, in dem Forderungspfandrecht oder der Sicherungsabtretung von Rechten zweifelsohne einen Grund für ein Vorzugsrecht. Anderer Meinung ist dagegen *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La Reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 229.

⁹² Zum Stand der Meinungen und allgemein vgl. *Pantaleón Prieto*, *La Ley*, Nr. 4421, 1997, S. 1 ff.; *ders.*, *ADC* 1988, S. 1042 ff.; *Finez Ratón*, *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. Prenda de créditos; Aranda Rodríguez*, *La prenda de créditos; Carrasco Perera/Cordero Lobato, Marín López*, *Tratado de los derechos de garantía*, S. 859 ff.

⁹³ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 532.

⁹⁴ Vgl. *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 532. Kritisch zur Aufnahme des Pfandrechts an Rechten und der Bucheintragungen *Álvarez Caperochipi*, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, S. 187, der auf die damit verbundenen Probleme der Offensichtlichkeit und Publizität hinweist.

(6) Art. 90 Abs. 2 LC

Die Privilegien des Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 LC sind für ihre Wirksamkeit nach Art. 90 Abs. 2 LC an die Erfüllung gewisser Voraussetzungen gebunden. Als allgemeine Regel fordert das Gesetz, dass die dinglichen Sicherheiten entsprechend den spezialgesetzlich vorgesehenen Erfordernissen und Formalitäten für ihre Einwendbarkeit gegenüber Dritten errichtet worden sein müssen (Art. 90 Abs. 2 LC). Maßgeblicher Zeitpunkt ist das Datum der Konkursöffnung⁹⁵. Die Regelung des Art. 90 Abs. 2 LC ist hierbei jedoch nicht ganz unproblematisch, da einige der in Art. 90 Abs. 1 LC aufgenommenen Sicherheiten für ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten gar keine besonderen Erfordernisse oder Formalitäten wie eine Registereintragung benötigen. Das Gesetz ist in diesem Punkt ungenau, worauf später bei den einzelnen hiervon betroffenen Immobiliarsicherheiten im 5. Kapitel eingegangen werden soll. Grundsätzlich bedeutet dieses Erfordernis bei der Immobiliehypothek, der Antichrese oder der auflösenden Bedingung (Art. 606 CC, Art. 11, 32, 145 Nr. 2 und 159 LH) die Eintragung ins Grundbuch⁹⁶.

Anderes gilt jedoch bei einer sog. stillschweigenden gesetzlichen Hypothek (*hipoteca legal tácita*) (Art. 90 Abs. 2 LC)⁹⁷. Solche stillen Hypotheken sind nur in den gesetzlich festgelegten Fällen möglich und bedürfen keinerlei Eintragung. Sie sichern zumeist bestimmte Forderungen des Staates gegen seine Vertragspartner oder gegen steuerpflichtige Bürger (vgl. hierzu im 5. Kapitel A.I.4.b).

Bei einem Forderungspfandrecht fordert das Gesetz die Errichtung der Sicherheit in einer öffentlichen Urkunde oder in einem Dokument mit beweiskräftigem Datum (Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 LC)⁹⁸.

⁹⁵ In Art. 124 Abs. 2 der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995, der sich auf die Forderungen mit besonderem Privileg bezog, lautete wie folgt: „*Para gozar del privilegio, los créditos enumerados en los números primero a cuarto del apartado anterior deberán estar inscritos, a la fecha de la declaración judicial del concurso, en el Registro público correspondiente.*”

⁹⁶ Bei der Mobiliehypothek, dem besitzlosen Pfandrecht, dem Finanzierungsleasing oder dem durch Eigentumsvorbehalt oder Verfügungsverbot abgesicherten Ratenkauf (Art. 3 Abs. 2 und 3 LHM und Art. 15 und D.A. primera LVPBM) erfordert dies konzeptionell die Eintragung im Register der besitzlosen Pfandrechte, das im Mobilieregister eingegliedert ist. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1045.

⁹⁷ *Álvarez Caperochipi*, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, S. 183, ist der Auffassung, dass mit der Erwähnung der stillen gesetzlichen Hypothek in Art. 90 Abs. 2 LC diese als Superprivileg im Konkurs anerkannt wird.

⁹⁸ Das Forderungspfandrecht ist in Katalonien besonders geregelt, wohingegen eine gesetzliche Regelung im allgemeinen spanischen Recht fehlt (abgesehen von der konkursrechtlichen Regelung). Vgl. *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 272 f., der sich mit der rechtlichen Konstruktion des Forderungspfandrechts auseinandersetzt.

d) Allgemein privilegierte Forderungen

Die andere Kategorie von privilegierten Forderungen sind die allgemein privilegierten Forderungen (Art. 91, 123, 134 Abs. 1, 156 LC) bzw. die privilegierten Forderungen im eigentlichen Sinne, weil sie gesetzlichen Ursprungs sind. Das heißt, sie beruhen auf der Entscheidung des Gesetzgebers, genau diese Forderungen bevorzugt zu behandeln⁹⁹. Der Gesetzgeber wollte aber auch bei dieser Forderungsgruppe, die Privilegien drastisch reduzieren und die erforderliche „Verjüngung“ vornehmen¹⁰⁰. Hierdurch sollte das System der Privilegien an die Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit angepasst werden¹⁰¹. Die Regelungen im Konkursgesetz zeigen aber, dass dieses ehrgeizige Ziel nicht erreicht wurde¹⁰². Denn obwohl der Gesetzgeber eine Reihe von Privilegien beseitigt hat, hat er auf der anderen Seite nicht wenige neue Privilegien hinzugefügt. In der Literatur¹⁰³ findet sich folgender bildhafter Vergleich: „Es wurden nicht nur die Äste des Baumes getrimmt, sondern auch noch Zweige hinzugefügt“ („no sólo ha llevado a cabo una ‘poda’ de las ramas del árbol de la tutela del crédito, sino que también se ha incluido algún ‘injerto’“).

(1) Art. 91 Nr. 1 LC

Zu den allgemein privilegierten Forderungen zählen Lohnforderungen in einer bestimmten Höhe¹⁰⁴, die nicht bereits als besonders privilegierte Forderungen anerkannt sind, und weitere detailliert aufgeführte arbeitsrechtliche Forderungen (Art. 91 Nr. 1 LC). Hiermit wird der spanischen Tradition gefolgt, die Lohnforderungen an der höchsten Rangstelle einzuordnen¹⁰⁵. Gegenüber der Vorschrift des Art. 32 Abs. 3 ET, die durch *D.F. decimocuarta* LC neu gefasst wurde, fällt auf, dass die arbeitsrechtlichen Forderungen, denen in Art. 91 Nr. 1 LC ein allgemeines Privileg zuerkannt wird, im Laufe des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens erweitert worden sind¹⁰⁶.

⁹⁹ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 377.

¹⁰⁰ Vgl. Begründung des Konkursgesetzes V, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905, 26910.

¹⁰¹ Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 232.

¹⁰² Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 377.

¹⁰³ So formuliert von Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 232.

¹⁰⁴ Die Höhe der Summe der Lohnforderungen ergibt sich aus dem dreifachen gesetzlichen Mindestlohn multipliziert mit der Anzahl der Tage der rückständigen Lohnzahlung (Art. 91 Nr. 1 LC).

¹⁰⁵ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 378.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu Ríos Salmerón, Privilegios del crédito salarial, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. III, S. 5131 ff.; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 378; Fernández Ruiz, in: ebenda, S. 423 f.

(2) Art. 91 Nr. 2 und 4 LC

Allgemein privilegiert sind auch diejenigen Beträge, die Steuer- und Sozialversicherungseinbehalten entsprechen und vom Konkurschuldner aufgrund der Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen geschuldet werden (Art. 91 Nr. 2 LC). Steuerforderungen, weitere öffentlich-rechtliche Forderungen sowie Sozialversicherungsforderungen, die weder ein besonderes Privileg gemäß Art. 90 Abs. 1 LC noch ein allgemeines Privileg nach Art. 91 Nr. 2 LC genießen, sind nach Art. 91 Nr. 4 LC ebenfalls allgemein privilegiert. Dieses Privileg kann jedoch für die Gesamtheit der Steuerforderungen und für die Gesamtheit der Sozialversicherungsforderungen nur zu jeweils der Hälfte des Betrages geltend gemacht werden (Art. 91 Nr. 4 LC).

(3) Art. 91 Nr. 3 LC

Auch Forderungen aufgrund persönlicher selbständiger Arbeit und Forderungen des Urhebers aufgrund abgetretener Nutzungsrechte an einer Arbeit geistigen Eigentums, die innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung fällig geworden sind, genießen ein allgemeines Privileg (Art. 91 Nr. 3 LC). Hierdurch wird der Linie im alten Recht gefolgt, wonach bereits dort Forderungen geistiger Tätigkeit und arbeitsrechtliche Forderungen auf einer ähnlichen Stufe eingeordnet waren¹⁰⁷. Die Überlegung, die dieser Ausrichtung zugrunde liegt, erscheint zwar gerechtfertigt. Indem jedoch die Regelung zur Abgrenzung der Privilegien der Lohnforderungen geändert wurde, ist nunmehr eine Asymmetrie bei der Behandlung der einen und der anderen privilegierten Forderungen gegeben. Die Privilegierung der Forderungen aufgrund persönlicher selbständiger Arbeit bringt darüber hinaus Schwierigkeiten¹⁰⁸ mit sich. Da eine Differenzierung der Inhaber solcher Forderungen nach „Halbnachrangigen“ und Selbständigen als praktisch unmöglich oder unangemessen zu beurteilen ist¹⁰⁹, wurde vereinzelt sogar gefordert, dass ein solches Privileg nicht hätte vergeben werden dürfen¹¹⁰. Der im Gesetzgebungsverfahren eingebrachte, jedoch nicht erfolgreiche Vorschlag, die Vorschrift auf *sociedades profesionales* zu erweitern, hat in Lehre und Rechtsprechung nicht zu einem Ende der Diskussionen um dieses Thema geführt¹¹¹. Ähnliche Kritik verdient die Privilegierung der Forderungen des Urhebers in Art. 91 Nr. 3 LC, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber die

¹⁰⁷ Art. 913 Abs. 1 c) CCom.

¹⁰⁸ Vereinzelt wird die Privilegierung aufgrund der Schwierigkeiten auch als nicht zu rechtfertigen betrachtet, so zumindest *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 535. Vgl. zu dieser Frage allgemein auch *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 411 ff.; *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 380 f.

¹⁰⁹ Zu den Schwierigkeiten auch *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 233 f.

¹¹⁰ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 535.

¹¹¹ Vgl. dazu *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 535.

Privilegien eigentlich „drastisch“ reduzieren wollte. Denn die Privilegierung aller Forderungen aufgrund der Abtretung der Urheberrechte ergibt ohne Differenzierung keinen Sinn, da nicht jeder Urheber ein „schwacher Vertragsteil“ ist. Zu begrüßen ist indes die Abschaffung des undeutlichen Art. 54 *Ley de Propiedad Intelectual* durch *D.D. Única* Abs. 3 Nr. 9 LC.

(4) Art. 91 Nr. 5 LC

Eine Neuheit unter den allgemeinen Privilegien stellen die Forderungen aus außervertraglicher zivilrechtlicher Haftung dar¹¹². Die nicht versicherten Personenschäden werden in Gleichrangigkeit zu den in Nr. 4 aufgenommenen Forderungen abgewickelt (Art. 91 Nr. 5 LC). Die Frage nach dem Nutzen der Aufnahme dieser Art von Forderungen als allgemeines Privileg stieß in der spanischen Lehre auf geteilte Meinungen, unter anderem deshalb, weil sie in anderen europäischen Rechtsordnungen eine solche Anerkennung nicht gefunden haben¹¹³. Berechtigt erscheint zumindest die Aufnahme von Forderungen, die aus Personenschäden herrühren, die nicht durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt sind¹¹⁴. Dies wiederum bedeutet den Ausschluss all derjenigen Personenschäden, die auf diese Art und Weise abgedeckt sind, aber auch der Sachschäden und reinen Vermögensschäden¹¹⁵. Zu kritisieren¹¹⁶ ist daher, dass letztlich die Versicherer von Sachschäden durch das Privileg begünstigt werden, was den Zielen des Konkursgesetzes zuwiderläuft, auch wenn deren Befriedigung nicht gleichrangig mit den Forderungen in Nr. 4 der Vorschrift erfolgt.

(5) Art. 91 Nr. 6 LC

Schließlich gehören zu dieser Kategorie von Privilegien auch noch Forderungen desjenigen Gläubigers, der die Konkursöffnung beantragt hat¹¹⁷, wobei es sich nicht um nachrangige Forderungen handeln darf. Das Privileg ist auf ein Viertel des Forderungsbetrages begrenzt (Art. 91 Nr. 6 LC). Mit diesem neuen Privileg soll wohl dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass ein Konkurs besser verläuft, wenn er frühzeitig beantragt und eröffnet wird, und

¹¹² Pérez del Blanco, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67, 74 f. Nur im Seerecht bestand bereits zuvor eine Regelung, die ein seerechtliches Privileg den Gläubiger für Personen- und Sachschäden, die durch das Schiff verursacht worden, einräumte. Hierzu ausführlich Alonso Ledesma, *Los privilegios marítimos*, S. 422 ff.

¹¹³ Ähnliche Regelungen bestehen nur im russischen Recht und in der Konkursordnung der Vereinigten Staaten im Zusammenhang mit der Reorganisierung der Eisenbahn, so Garrido, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 236.

¹¹⁴ Garrido, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 236.

¹¹⁵ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 536.

¹¹⁶ Zu Recht kritisiert haben dies Garrido, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 236; Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 386; Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 536.

¹¹⁷ Art. 2, 5 und Art. 7 LC. Vgl. hierzu auch schon Garrido, *RDM* 1992, S. 799 ff; Pérez del Blanco, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67, 75.

das Schuldnervermögen nicht so schnell dem Verfall anheim fällt. Vorgebracht wird auch, dass es nicht ungerechtfertigt erscheine, denjenigen zu belohnen, der im Interesse aller Gläubiger gehandelt hat¹¹⁸. Kritiker¹¹⁹ bemängeln an dieser Regelung aber zu Recht, dass das Privileg wirkungslos, überflüssig und bisweilen sogar gefährlich ist.

e) Keine anderen Privilegien im Konkurs

Der spanische Gesetzgeber hat die im Konkurs anzuerkennenden Gründe für ein Vorzugsrecht, d.h. alle Privilegien und „Antiprivilegien“, abschließend im Konkursgesetz geregelt¹²⁰. Andere als die vom Konkursgesetz anerkannten Privilegien oder Vorrangsrechte werden im Konkurs nicht anerkannt (Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC). Somit wird das nach altem Recht geltende undurchsichtige, geradezu verwirrende Geflecht von Normen über Vorzugsrechte, das sich auf verschiedene Gesetze verteilte, beseitigt¹²¹. Dies hat weit reichende Konsequenzen. Aus dem Konkurs fallen nunmehr all diejenigen Vorzugsrechte und Privilegien heraus, die nicht ausdrücklich im Konkursgesetz genannt sind. Eine Sicherheit, der vom Konkursgesetz kein Privileg zuerkannt wird, verliert in der Insolvenz nicht nur jeglichen Nutzen und Wert für einen Gläubiger, sondern in der Wirtschaft auch erheblich an Attraktivität.

Im Konkurs sind nur die in den Art. 90 bis 93 LC¹²² genannten Gründe für eine Bevorzugung oder Unterordnung anerkannt. Dem Konzept des Konkursgesetzes folgend sind Masseforderungen (Art. 84 Abs. 2 LC) nicht privilegiert, da dies nur Konkursforderungen sein können. Masseforderungen werden zwar vor den Konkursforderungen, und damit auch vor den privilegierten Forderungen befriedigt. Diesem Umstand kann jedoch nicht entnommen werden, dass Masseforderungen ebenfalls privilegiert wären, wie einige dennoch meinen und sogar von echten „Superprivilegien“ (*superprivilegios*)¹²³ sprechen. Diese Bezeichnung ist nicht korrekt, da Privilegien und Masseforderungen voneinander zu unterscheiden sind und auf unterschiedlichen Gründen beruhen (vgl. hierzu in diesem Kapitel A.III.2.a).

¹¹⁸ So zumindest Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 236.

¹¹⁹ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 195. Inwiefern dieses Privileg gefährlich werden könnte, führt dieselbe Autorin in in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 387, 388 aus.

¹²⁰ Positiv bewertet von Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 360; a.A. Bermejo Gutiérrez, Crédito y quiebra, S. 259 ff.; Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 628 f., der mit dem „Neutralitätsprinzip“ des Professor Jackson, dessen These von eben diesem in Garrido, Garantías reales, privilegios y par condicio, S. 99 ff. dargestellt wird, die dem Konkursrecht eine absolute Achtung der außerkonkursrechtlich geschaffenen Gründe von Vorzugsrechten auferlegt.

¹²¹ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 68.

¹²² Für die Privilegien über Schiffe und Flugzeuge, vgl. Art. 76 Abs. 3, D.F. segunda Abs. 7 und D.F. novena und trigésima LC. Hierzu auch Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 386 f.

¹²³ So Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 205.

Wird beabsichtigt, Privilegien, die in einem Konkursverfahren gelten sollen, abschließend in einem Gesetz zu regeln, bedarf es großer Sorgfalt. Denn der Gesetzgeber darf bei der Abwägung, ob ein Vorzugsrecht im Konkurs anerkannt werden soll, keinen der Gründe für ein Vorzugsrecht oder für eine Unterordnung vergessen. Der spanische Gesetzgeber ist hierbei wohl nicht sorgfältig genug vorgegangen, was die folgenden beiden Beispiele belegen¹²⁴.

Der Gesetzgeber lässt zum einen offen, ob das besondere Privileg in Art. 9 Abs. 1 e) des *Ley de Propiedad Horizontal*¹²⁵ (gesetzliche stille Hypothek für die Versammlung der Wohnungseigentümer für Erhaltungskosten der Immobilie) im Konkurs gelten soll¹²⁶ oder ob dies wegen Art. 89 Abs. 2 LC und dem Umstand abzulehnen ist, dass dieses Privileg weder in Art. 90 LC noch in einer anderen Norm des Gesetzes erwähnt wird. Eine Anerkennung im Konkurs erscheint denkbar, wenn man dieses Privileg als stille gesetzliche Hypothek (*hipoteca legal tácita*) im Sinne von Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC und Art. 90 Abs. 2 a.E., 156 Abs. 3 a.E. verstehen würde, auch wenn es in der *Sección tercera* des *Título V* der *Ley Hipotecaria* nicht als gesetzliche Hypothek¹²⁷ aufgeführt ist.

Zum anderen lässt der Gesetzgeber die Frage unbeantwortet, ob im Konkurs die Unterordnung der Beteiligungsdarlehen des Art. 20 Abs. 1 c) des *Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio* gelten soll¹²⁸ oder ob dies mit Art. 89 Abs. 3 LC und der Tatsache zu verneinen ist, dass diese Darlehen weder in Art. 92 LC noch in einer anderen Norm des LC als nachrangig eingestuft sind¹²⁹. Fraglich erscheint daher, ob eine Unterordnung durch eine weite Auslegung des Art. 92 Nr. 2 LC trotz der allgemeinen Ansicht, dass es sich um eine Unterordnung gesetzlicher Art handelt, zuzulassen ist.

Äußerst problematisch erweist sich die Regelung des Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC auch im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung und den dinglichen Sicherheiten des autonomen spanischen Rechts. Hierauf soll im fünften Kapitel (F. und G.) näher eingegangen werden.

¹²⁴ Pantaleón Prieto in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 518.

¹²⁵ *Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal* (Wohnungseigentumsgesetz). Hierzu auch Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 209, die dieses Privileg als gesetzliche Hypothek des Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC sieht.

¹²⁶ Vgl. hierzu Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 436 ff., 585; Bermejo Gutiérrez, Crédito y quiebra, S. 253 f. und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.

¹²⁷ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 518.

¹²⁸ Hierzu vor allem Bermejo Gutiérrez, Crédito y quiebra, S. 445 f. und die dort zitierte Literatur.

¹²⁹ Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 518.

5. Einfache Forderungen

Das Konkursgesetz erwähnt ausdrücklich, dass alle anderen in diesem Gesetz nicht als privilegiert oder nachrangig klassifizierten Forderungen einfache Forderungen sind (Art. 89 Abs. 3 LC)¹³⁰. Das Verschwinden vieler Privilegien, insbesondere der Mehrzahl derjenigen im *Código de Comercio* und im *Código Civil*, führt zu einer Erweiterung der Kategorie der einfachen Gläubiger. Die Reduzierung und Begrenzung der Privilegien bedeuten aber keine Rückkehr zur *par conditio creditorum*, da dieses Prinzip in der Realität nie existiert hat und vielmehr zu einer Art „Pseudogleichheit“ verkommen ist, nach der einige Gläubiger gleicher sind als andere¹³¹. Die Erweiterung dieser Gläubigerkategorie ermöglicht vielmehr, dass die Privilegien auch tatsächlich Privilegien sind, da für deren Hervorhebung die Existenz einfacher Gläubiger erforderlich ist¹³².

6. Nachrangige Forderungen

Die nachrangigen Forderungen stellen eine völlig neue Kategorie bei der Einteilung der Forderungen im Bereich des spanischen Konkursrechts dar (Art. 92, 93 LC sowie Art. 122, 134 Abs. 1 und Art. 158 LC)¹³³. Im Vergleich zu einem Privileg können sie als eine Art „Antiprivileg“ verstanden werden¹³⁴, denn gegenüber den privilegierten und einfachen Forderungen werden sie nachrangig in der Reihenfolge des Art. 92 LC und innerhalb der gleichen Nummer der Norm anteilig befriedigt (Art. 158 LC). Die Nachrangigkeit ist in ihrer Wirkung sogar noch stärker als die von Privilegien. Denn sie vermag Privilegien zu vernichten. Der vormals privilegierte Gläubiger verliert nicht nur sein Privileg, sondern bleibt auch noch mit seiner Befriedigung hinter den einfachen Forderungen zurück¹³⁵.

Die Gründe der Nachrangigkeit sind restriktiv auszulegen¹³⁶, weil die Nachrangigkeit eine Ausnahme vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung darstellt und eine Verletzung von

¹³⁰ Eine ausdrücklich Erwähnung dieser Forderungskategorie erscheint fast überflüssig, da diese angesichts der zuvor erläuterten Privilegierung bestimmter Forderungen offensichtlich ist, so auch *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 369.

¹³¹ Von *Garrido* wird dies auch als „orwellische Gleichheit“ (*“igualdad orwelliana”*) bezeichnet, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 239.

¹³² *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 239.

¹³³ Der Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1995 hatte diese Kategorie bereits aufgenommen, von dem die Terminologie im Konkursgesetz im wesentlichen übernommen wurde, vgl. *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 389.

¹³⁴ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 389, die sie auch als *“créditos antiprivilegio”* bezeichnet.

¹³⁵ *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 214.

¹³⁶ Vgl. *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 214.

Art. 14 der spanischen Verfassung (*Constitución Española*)¹³⁷ vermieden werden soll. Art. 92, 93 LC dürfen deshalb auf keinen Fall extensiv ausgelegt werden.

a) Art. 92 Nr. 1 LC

Zu den nachrangigen Forderungen zählen verspätet angemeldete Forderungen. Es sei denn, es handelt sich um Forderungen, die aus den Unterlagen des Schuldners hervorgehen, die auf andere Art und Weise im Konkurs feststehen oder aus einem anderen Gerichtsverfahren ersichtlich sind, oder für deren Bestimmung die Aufsicht der öffentlichen Verwaltung notwendig ist (Art. 92 Nr. 1 LC).

b) Art. 92 Nr. 2 LC

Nachrangig sind auch solche Forderungen, die wegen einer Vertragsabrede den Charakter einer nachrangigen Forderung in Bezug auf alle anderen Forderungen gegen den Schuldner haben (Art. 92 Nr. 2 LC). Hat der Gläubiger die Nachrangigkeit nur gegenüber einigen Gläubigern vereinbart, ist hingegen eine allumfassende Nachrangigkeit im Sinne des Art. 92 Nr. 2 LC nicht gegeben. Vereinbart ein Gläubiger mit dem Schuldner, aus seinen Sicherheiten gegen den Schuldner nicht vorgehen zu wollen, liegt in diesem vertraglichen Vollstreckungsverbot der Sicherheiten nur dann eine Nachrangigkeitsvereinbarung im Sinne des Konkursgesetzes, wenn der Gläubiger gleichzeitig gegenüber den restlichen Gläubigern als einfacher Gläubiger den Verzicht erklärt hat¹³⁸.

Die Aufnahme der vertraglich nachrangigen Forderungen in Nr. 2 der Vorschrift ist nicht unproblematisch¹³⁹. Denn die Nachrangigkeit ist eine reine Frage der Privatautonomie, so dass auch der Grad der Forderung vom Willen der Parteien abhängen muss¹⁴⁰, die eine solche Vereinbarung treffen. Das einzige, was das Gesetz hätte regeln können, wäre eine ergänzende Regelung für den Fall gewesen, dass Zweifel an der Bedeutung dieses Willens hinsichtlich der vertraglich nachrangigen Forderungen bestehen. Als Vergleich zu dieser Regelung wird von den spanischen Autoren auch auf § 39 Abs. 2 InsO des deutschen Rechts verwiesen¹⁴¹. Nach dieser Vorschrift werden die vertraglich nachrangigen Forderungen im Zweifel nach

¹³⁷ *Constitución Española* de 27 de diciembre de 1978, BOE Nr. 311.1 vom 29. Dezember 1978.

¹³⁸ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 57, 58.

¹³⁹ Vgl. hierzu Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 441 ff.

¹⁴⁰ So auch Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 399, die die konkrete Festlegung eines Ranges durch das Gesetz als etwas willkürlich bezeichnet.

¹⁴¹ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 399 f.; Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 240. Abweichend von dieser Auffassung Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 214, die im Zweifel nicht von einer vertraglichen Vereinbarung der Nachrangigkeit ausgehen will.

den gesetzlich nachrangigen Forderungen befriedigt. Einige Autoren¹⁴² betrachten Art. 92 Nr. 2 LC daher als dispositive Norm, so dass die Vertragsparteien den Rang der nachrangigen Forderung auch noch abweichend von der vom Gesetz vorgesehenen Stellung innerhalb der Rangfolge der nachrangigen Forderungen regeln können. Andere¹⁴³ wollen Art. 158 Abs. 2 LC so auslegen, dass er auf die in Art. 92 Nr. 2 LC geregelten Forderungen nicht mehr anzuwenden sei. Dies ist jedoch zu weitgehend. Ausreichend ist, wenn die Parteien die Rangfolge ihrer nachrangigen Forderung innerhalb dieser Forderungskategorie wählen können.

c) Art. 92 Nr. 3 LC

Als nachrangige Forderungen gelten nach dem Konkursgesetz auch Zinsforderungen aller Art, einschließlich Zinsmoratorien, außer solchen Zinsen, die auf dinglich gesicherte Forderungen bis zum Betrag der jeweiligen Sicherheit entfallen (Art. 92 Nr. 3 LC). Die Auslegung dieser Regelung bereitet jedoch Schwierigkeiten, da sie offen lässt, ob hierunter nur solche Zinsen zu verstehen sind, die vor Konkurseröffnung fällig geworden sind, oder Zinsen, die danach fällig geworden sind, oder sogar beide. Für die Nachrangigkeit von Zinsen, die nach Konkurseröffnung fällig geworden sind, spricht die Ungerechtigkeit, die entstehen würde, wenn alle Zinsen ohne Rücksicht auf ihre Entstehungszeit nachrangig behandelt werden würden¹⁴⁴. Betroffen wären insbesondere solche Gläubiger, die eine langfristige Finanzierung des Schuldners übernommen haben und nicht nur einen wichtigen Kredit, sondern vor allem beachtliche Zinsen geltend machen können¹⁴⁵. Die Norm würde ihnen gegenüber eine nicht gerechtfertigte enteignende Wirkung entfalten¹⁴⁶. Im deutschen Insolvenzrecht wurde daher in § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausdrücklich geregelt, dass nur die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen nachrangig sind. Offenbar hat sich der spanische Gesetzgeber von dieser Vorschrift inspirieren lassen¹⁴⁷. Jedoch lässt sich von der spanischen Regelung eher das Gegenteil ableiten, vor allem, wenn man Art. 92 Nr. 3 LC in Verbindung mit Art. 59 LC betrachtet. Danach wird der Zinslauf ab der Konkurseröffnung ausgesetzt, es sei denn, es handelt sich um Zinsen dinglich abgesicherter Forderungen (Art. 59 Abs. 1 S. 1 LC) und um

¹⁴² Garrido, in: Rojo Fernández-Río, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 240; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 399 f.

¹⁴³ Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 537.

¹⁴⁴ Alonso Ledesma, Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 400.

¹⁴⁵ Garrido, in: Rojo Fernández-Río, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 240.

¹⁴⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 61.

¹⁴⁷ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 391, 401, die schreibt, dass diese Regelung der im deutschen Recht in § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO ähnelt und die hier vertretene Lehre auch die Aufnahme dieser Forderungen im spanischen Recht rechtfertigt.

Zinsen der Lohnforderungen (Art. 59 Abs. 1 S. 2 LC)¹⁴⁸. Es stellt sich daher die Frage, welche Forderungen nach Eröffnung des Konkurses überhaupt Zinsen abwerfen¹⁴⁹. Einige spanische Autoren¹⁵⁰ sehen den einzig logischen Weg, den Inhalt dieser beiden Normen miteinander zu vereinbaren, darin, Art. 92 Nr. 3 LC so zu verstehen, dass nur solche Zinsforderungen nachrangig sind, die vor Konkurseröffnung fällig geworden sind. Für eine solche Auslegung würde zwar die Begründung des Konkursgesetzes¹⁵¹ sprechen, allerdings erweist sich diese Lösung des Konflikts als völlig ungerecht¹⁵². Eine andere Ansicht¹⁵³ versucht daher, Art. 59 LC anders auszulegen. Danach garantiere der Wortlaut des Art. 59 Abs. 1 LC eine Begrenzung der Nachrangigkeit auf nach Konkurseröffnung entstandene Zinsforderungen. Denn diese Vorschrift setze nicht den Rang der Zinsen herab, sondern ordne nur deren Aussetzung nach Eröffnung des Konkursverfahrens an. Hiervon ausgenommen sollen aber die Zinsen der Lohnforderungen und die Zinsen der dinglich gesicherten Forderungen sein, weshalb auch diese Sichtweise die Frage offen lässt, welche – nach Konkurseröffnung entstandenen – Zinsen dann nachrangig sein sollen. Aus diesem Grund ist die in der spanischen Literatur erhobene Forderung nach einer schnellen Gesetzesänderung, die eine dem § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO ähnliche Lösung¹⁵⁴ favorisiert, zu unterstützen.

d) Art. 92 Nr. 4 und 6 LC

Nachrangig behandelt werden zudem Forderungen aufgrund von Geldstrafen und anderen Bußgeldern (Art. 92 Nr. 4 LC) bzw. Forderungen, die aufgrund einer Konkursanfechtung

¹⁴⁸ Rätselhaft erscheint in diesem Zusammenhang auch der Verweis in Art. 59 Abs. 1 S. 3 auf Art. 92 Nr. 3 LC. Er ist wohl so zu verstehen, dass er sich auf die von diesem Grundsatz ausgenommenen Zinsforderungen bezieht, d.h. auf die der Lohnforderungen und der dinglich abgesicherten Forderungen, da er sonst keinerlei Sinne ergeben würde. Vgl. *Alonso Ledesma* in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 401.

¹⁴⁹ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 61.

¹⁵⁰ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 538; so auch *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 402.

¹⁵¹ Dort heißt es, dass die Kategorie der nachrangigen Forderungen fällige Zinsen und Sanktionen beinhaltet, die bei der Eintreibung öffentlicher Forderungen auferlegt wurden. Vgl. Begründung des Konkursgesetzes V., B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26905, 26910.

¹⁵² Ungerecht ist vor allem, dass vor Konkurseröffnung fällige Zinsforderungen – etwa aufgrund eines von einem Finanzinstitut gewährten Darlehens – nachrangig sind, nicht aber Mietforderungen, die vor Konkurseröffnung aufgrund von Mietverträgen fällig geworden sind, die mit Gesellschaften abgeschlossen worden sind, deren Gesellschaftszweck solche Verträge sind. Vgl. *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 538.

¹⁵³ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 61.

¹⁵⁴ So solle Art. 59 LC gestrichen und bei Art. 92 Nr. 3 LC klar festgelegt werden, dass nur Zinsen hiervon erfasst sind, die nach Konkurseröffnung fällig geworden sind, letztlich wie in § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Vgl. hierzu *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 538 f., der auch davor warnt, dass es unter Umständen schwierig sein dürfte, den Finanzinstituten vorzuwerfen, dass sie diese Norm mit Verträgen über die automatische und kontinuierliche Kapitalisierung der Zinsen vereiteln.

denjenigen zustehen, die durch das Urteil als bösgläubige Partei hinsichtlich der angefochtenen Handlung erklärt worden sind (Art. 92 Nr. 6 LC i.V.m. Art. 73 Abs. 3 a.E. LC).

e) Art. 92 Nr. 5 LC

Innerhalb der Forderungskategorie der nachrangigen Forderungen erweisen sich die Forderungen von Personen, die dem Schuldner im Sinne von Art. 93 LC besonders nahe stehen (Art. 92 Nr. 5 LC), als besonders problematisch. Von der Nachrangigkeit ausgenommen sind solche Forderungen nur dann, wenn es sich um allgemein privilegierte Lohnforderungen im weiteren Sinne des Art. 91 Nr. 1 LC handelt und der Konkursschuldner eine natürliche Person ist¹⁵⁵. Bei den besonders nahe stehenden Personen unterscheidet das Gesetz klar zwischen natürlichen (Art. 93 Abs. 1 LC) und juristischen Personen (Art. 93 Abs. 2 LC).

Die Nachrangigkeit wurde bereits bei den vorangegangenen Gesetzesentwürfen, die eine derartige Regelung vorsahen, als drakonische Reaktion auf solche Phänomene wie die Unterkapitalisierung oder den Missbrauch bei besonders nahe stehenden Personen empfunden¹⁵⁶. Denn die Unterordnung der Forderung hat für die dem Schuldner besonders nahe stehenden Personen schwerwiegende Folgen. Diese Gläubiger verlieren nicht nur den ihnen zugedachten Rang, sondern auch noch ihre Sicherheiten und Privilegien. Einzige Ausnahme sind die privilegierten Lohnforderungen. Diese Konsequenzen sind jedoch nicht zu rechtfertigen und finden in der Rechtsvergleichung keine Entsprechung¹⁵⁷. Die Regelung ist daher auch vermehrt auf Kritik gestoßen¹⁵⁸.

Vermutet werden kann sicherlich, dass die Rechtsgeschäfte, die der spätere Konkursschuldner mit den genannten Personen abgeschlossen hat, „nachteilige Rechtsgeschäfte für die Aktivmasse“ sind i.S.v. Art. 71 LC. Dies kann aber nur widerlegbar vermutet werden. Denn kann das Gegenteil bewiesen werden, ist die Klassifizierung der Forderung als nachrangig nicht zu rechtfertigen. Liegt dagegen ein nachteiliges Rechtsgeschäft vor, ist eine Beschränkung auf die Einordnung der Forderungen als nachrangig gegenüber einer Löschung der Forderung

¹⁵⁵ Pérez del Blanco, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67, 77.

¹⁵⁶ Vgl. Garrido, in: *Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 242, der hier den Gesetzesentwurf, die *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995 und das *Anteproyecto de Ley Concursal* von 2001 anführt.

¹⁵⁷ Bermejo Gutiérrez, *Créditos y quiebra*, S. 437 ff.; Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal*, S. 391 ff.; Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 539.

¹⁵⁸ Rogel Vide, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal*, S. 33, 53; Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal*, S. 389 ff.; Mercadal Vidal, *La clasificación de los créditos*, in: *Sala Alacaide/Mercadal/Alonso-Cuevillas, Nueva Ley Concursal*, S. 439, 450, der der Ansicht ist, dass der Gesetzgeber übers Ziel hinaus geschossen hat.

durch die Aufhebung der in Frage stehenden Geschäfte unsinnig¹⁵⁹. In der Literatur wird diese „automatische“ Regelung der Art. 92 Nr. 5 und Art. 93 LC teilweise damit begründet, dass unter Zugrundelegung der Besonderheiten des spanischen Rechts eine objektive Lösung geeigneter erscheine als die Einführung von Vorschriften, die eine korrekte Ausübung eines gerichtlichen Ermessens erfordern¹⁶⁰. Andere teilen diese Begründung nicht¹⁶¹ und fordern stattdessen ein schnelles Eingreifen des Gesetzgebers. Die sich aus dieser Regelung ergebenden Konsequenzen für besonders privilegierte Forderungen an Immobiliarsicherheiten werden im fünften Kapitel (A.VI.) noch ausführlich besprochen.

7. Verfahren der Feststellung der Konkursforderungen

Innerhalb des Konkursverfahrens, das nach neuem Recht in sechs Verfahrensabschnitte eingeteilt ist (Art. 183 LC), wird die Feststellung der Forderungen im vierten Verfahrensabschnitt (*sección cuarta*), in dem die Passivmasse des Konkurses bestimmt wird, vorgenommen (Art. 183 Nr. 4 LC)¹⁶². Die Feststellung der Forderungen ist wie die vorherige Anerkennung der Forderungen Aufgabe der Konkursverwaltung. Sie muss dem von ihr abzufassenden Bericht eine Gläubigerliste hinzufügen, in der sie jede einzelne Forderung einzustufen hat¹⁶³. Wünschenswert wäre eine ausdrückliche Regelung hierzu in Art. 94 Abs. 2 LC gewesen.

Die Konkursverwaltung fordert die Gläubiger auf, ihre Forderung innerhalb einer bestimmten Frist mitzuteilen bzw. anzumelden (Art. 21 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 85 Abs. 1 LC). Der Gläubiger hat der Konkursverwaltung das Bestehen seiner Forderung schriftlich mitzuteilen. Diese Mitteilung ist beim zuständigen Gericht einzureichen (Art. 85 Abs. 2 LC). Anzugeben sind Name, Wohnort und weitere Informationen zum Gläubiger, Informationen zur Forderung sowie die von einem besonderen Privileg erfassten Sachen (Art. 85 Abs. 3 LC). Die Unterlagen hierzu sind im Original oder als beglaubigte Kopie beizufügen (Art. 85 Abs. 4 LC).

Eine Forderung wird in die Gläubigerliste aufgenommen, wenn sie von der Konkursverwaltung anerkannt wurde (Art. 86 Abs. 1 S. 1 LC). Zwingend werden diejenigen Gläubiger in die Gläubigerliste aufgenommen, die durch eine in einem öffentlichen Register eingetragene dingliche Sicherheit abgesichert sind (Art. 86 Abs. 2 LC). Zusammen mit ihrer Anerkennung und Aufnahme in die Gläubigerliste wird die Forderung von der Konkursverwaltung einge-

¹⁵⁹ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 538.

¹⁶⁰ So Garrido, in: *Rojo Fernández-Río*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 242 f.

¹⁶¹ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 538.

¹⁶² Pérez del Blanco, in: *La nueva Ley Concursal*, San Sebastián 2004, S. 67, 78 f.

¹⁶³ Pérez del Blanco, La formación de la masa pasiva en la nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de los créditos, in: *La nueva Ley Concursal*, S. 67, 78.

stuft¹⁶⁴. Sowohl die Aufnahme einer Forderung in die Liste als auch die Einstufung einer Forderung können in einem Konkurszwischenverfahren (*incidente concursal*) vor dem zuständigen Konkursrichter (Art. 86 Abs. 1 S. 2 LC) angegriffen werden¹⁶⁵.

Bereits in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Werthaltigkeit der Sicherheit. Denn dem Gläubiger einer dinglichen Sicherheit¹⁶⁶ wird das besondere Privileg¹⁶⁷ nicht etwa aufgrund der Tatsache zuerkannt, dass er abstrakt über ein Sicherungsrecht verfügt, sondern weil seine Forderung durch den Vollstreckungserlös aus dem Sicherungsgut befriedigt werden kann (Art. 157 Abs. 2 LC). Nur soweit der gesicherte Gläubiger seine Forderung mit dem Erlös befriedigen hat, ist er besonders privilegiert. Hinsichtlich der restlichen, unbefriedigt gebliebenen Forderung ist der gesicherte Gläubiger ein einfacher Gläubiger. Diese Frage ist in einem System wie dem spanischen, das eine zeitliche Aussetzung der Vollstreckung dinglicher Sicherheiten vorsieht, von enormem Interesse. Denn abhängig von der Art des Vermögens kann es dazu kommen, dass die Aussetzung zu einer bedeutende Entwertung des betroffenen Vermögens führt. Das Privileg nimmt somit nach und nach immer weiter ab und der Gläubiger wird immer mehr zum einfachen Gläubiger. In der Gläubigerliste kommt diese Entwicklung allerdings nicht zum Ausdruck, da sie nicht fortwährend den tatsächlichen Vermögenswerten angepasst werden kann¹⁶⁸. Insbesondere in Fällen von Immobiliarsicherheiten ist auch die umgekehrte Situation vorstellbar. So kann die von der Sicherheit erfasste Sache im Laufe des Konkursverfahrens ebenso an Wert gewinnen. Dieser Wertzuwachs, der an sich als Vermögenserwerb der Aktivmasse zugehört (Art. 76 Abs. 1 LC), kommt trotzdem dem Gläubiger selbst zugute. Sein Privileg wird nach Konkurseröffnung durch äußere Faktoren gestärkt. Bei einer derartigen Wertsteigerung kann es ratsam sein, dass der Gläubiger seine gesicherte Forderung bei der Forderungsanmeldung über Wert angibt, indem er den Vermögensgegenstand höher veranschlagt. Diese Strategie kann von Nutzen sein, wenn im Laufe des Verfahrens der Wert der Sache steigt, so dass er in diesem Fall einen größeren Teil der Forderung einschließlich der Zinsen als privilegiert angeben kann. Bei einer solchen Vorgehensweise muss der Gläubiger jedoch erreichen, dass die Konkursverwaltung die Überbewertung der Sicherheit akzeptiert. Denn wurde die Forderung anfangs in einer bestimmten Höhe als privilegiert angemeldet, kann der Gläubiger nachträglich nicht mehr von der Wertsteige-

¹⁶⁴ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 79.

¹⁶⁵ Ausführlich hierzu Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 79 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 56 Abs. 1, 59 Abs. 1, 86 Abs. 2, 92 Nr. 3 LC.

¹⁶⁷ Art. 90 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 6, Art. 123, 134 LC.

¹⁶⁸ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 52.

rung der Sache profitieren, da ein zuvor als einfach angemeldeter Forderungsteil nicht mehr in eine privilegierte Forderung umqualifiziert werden kann¹⁶⁹ (vgl. auch im 5. Kapitel A.IV.).

Das Konkursgesetz sieht also nicht vor, dass eine Forderung im Verlaufe des Konkursverfahrens den ihr anfangs zugeteilten Rang ändern kann. In Art. 123 Abs. 3 LC (Abstimmung im Vergleich) wird zwar von der Existenz eines Gläubigers ausgegangen, der gleichzeitig Inhaber privilegierter und einfacher Forderungen ist. In Art. 85 Abs. 4 und Art. 86 Abs. 2 LC wird jedoch der einer Forderung einmal zugeteilte Rang als untrennbar mit der Forderung verbunden erachtete. Mit Anmeldung der Forderung hat der Gläubiger seine Position im Konkurs festgelegt. Die Einordnung der Forderung spielt schließlich auch bei der Abstimmung über einen Vergleich eine Rolle, da Art. 106, 116 Abs. 4, 123 Abs. 1 und Art. 124 LC bestimmte Quoren und Passivmehrheiten festlegen.

Kommt es zu einem Fehlbetrag zwischen dem Verwertungserlös einer Sicherheit und dem Forderungsbetrag des besonders privilegierten Gläubigers, ist fraglich, wie dieser Betrag einzuordnen ist. Das Konkursgesetz sieht den privilegierten Gläubiger in dieser Hinsicht jedenfalls nicht als bedingten Gläubiger. Es fragt sich aber, welchen Betrag der Gläubiger als einfache Forderung anmelden soll, wenn doch die Vollstreckung der Sicherheit und die Feststellung des Defizits erst in einem fortgeschrittenen Stadium des Konkurses erfolgen können, und ob für diesen Fall eine besondere Anmeldefrist vorgesehen ist. In Art. 81 Abs. 2 LC findet sich zwar eine spezielle Anerkennungsfrist. Schwierig erscheint aber eine analoge Anwendung auf die hier gegebene Situation. Um Zweifel zu vermeiden, die das Konkursverfahren lähmen könnten, wird zum Teil¹⁷⁰ die folgende Lösung vorgeschlagen: Die Fehlbetragsforderungen sind als aufschiebend bedingte Forderungen im Sinne des Art. 87 Abs. 3 LC zu behandeln. Deren Inhabern wird allerdings das Beitrittsrecht, ihr Stimmrecht und das Recht auf Auszahlung der Quote entzogen. Denkbar wäre stattdessen aber auch, dass der Gläubiger die Forderung in einer „mutmaßlichen“ Höhe als einfache Forderung angibt, ähnlich wie dies in § 190 Abs. 2 InsO vorgesehen ist. Abwegig erscheint dagegen, dass er die gesamte Forderung sowohl als einfache als auch als privilegierte Forderung deklariert.

Der besonders privilegierte Gläubiger kann jedenfalls auch nicht die gesamte Forderung als einfach deklarieren und diese außerhalb des Konkursverfahrens auf andere Weise befriedigen. Erleidet der Gläubiger in der Vollstreckung einen Ausfall, so wird der Zahlungsanteil auf der Grundlage dieses Defizits berechnet und nicht auf der Grundlage der Forderung in ihrer ur-

¹⁶⁹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía.

¹⁷⁰ Dieser Vorschlag wurde bereits zum alten Recht von Beltrán Sánchez, Las deudas de la masa, S. 240, Fn. 17, gemacht. Zum heutigen Recht Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 54.

sprünglichen Höhe. Unter diesen Umständen ist nicht verwunderlich, dass es für den Gläubiger mitunter von Interesse sein kann¹⁷¹, auf seinen Rang und seine Sicherheit zu verzichten, um sich als einfacher Gläubiger anzumelden, wenn absehbar ist, dass der Wert der Sache nicht zur Deckung der Forderung ausreichen wird.

III. Folgen der Klassifizierung der Forderungen

Die Einteilung der Konkursforderungen hat unterschiedliche Konsequenzen. Die Folgen hängen davon ab, welcher Lösungsweg im Konkurs eingeschlagen wird, d.h. ob ein Vergleich erreicht oder die Liquidation durchgeführt werden soll. Die gesetzliche Klassifizierung darf hierbei unter keinen Umständen abgeändert werden (Art. 100 Abs. 3, Art. 154 ff. LC). Von der Einteilung der Konkursforderungen sind die Forderungen gegen die Masse zwar nicht erfasst, aufgrund ihrer wesentlichen Bedeutung bei der Befriedigung der Forderungen in der Liquidation wird ihre Befriedigung aber ebenso erläutert.

1. Im Vergleichsverfahren

a) Privilegierte Forderungen

Bei einem ordentlichen Vergleich oder in der Gläubigerversammlung können die privilegierten Gläubiger in der Versammlung anwesend sein und an den Beratungen und Beschlussfassungen teilnehmen. Sie sind aber nur dann an den Vergleich hinsichtlich ihrer Forderung und Privilegierung gebunden, wenn sie für den Vergleichsvorschlag gestimmt haben (Art. 123 Abs. 2 und Art. 134 Abs. 2 LC). Ist ein Gläubiger Inhaber privilegierter und einfacher Forderungen, so wird seine Stimme nur in Bezug auf letztere gewertet und betrifft nur dann die privilegierten Forderungen, wenn der Gläubiger dies ausdrücklich bei der Stimmabgabe erklärt hat (Art. 123 Abs. 3 LC). Zu einer Bindung an den Inhalt des durch den Richter bereits bestätigten Vergleichs kann es für die privilegierten Forderungsinhaber auch dann noch kommen, wenn sie sich vor der richterlichen Erklärung der Erfüllung des Vergleichs diesem angeschlossen haben (Art. 134 Abs. 2 LC). Sind sie an einen Vergleich gebunden, erlöschen ihre Forderungen bei jeder Art von Vergleich im Umfang des vereinbarten Teilerlasses und werden für die Zeit des Zahlungsaufschubs gestundet (Art. 136 LC).

Das Konkursgesetz erkennt den in Art. 90 Abs. 1 LC genannten Forderungen ein besonderes Privileg zu. Im Konkursverfahren kann einer Forderung aber ein derartiger Rang nicht neu

¹⁷¹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 54.

verliehen werden. Entspricht eine Forderung nicht den in Art. 90 Abs. 1 LC genannten Forderungsarten, die vor oder außerhalb des Konkurses begründet wurden, kann einer einfachen Forderung weder durch den Richter, die Konkursverwaltung noch durch einen Konkursvergleich (Art. 100 Abs. 3 LC) der Rang einer privilegierten Forderung eingeräumt werden¹⁷². Aus Art. 125 LC ergibt sich eindeutig, dass der Vergleich eine „Einzelbehandlung“ für eine bestimmte Gruppe von Gläubigern gewähren kann, wenn sie einer bestimmten Mehrheit entspricht. Diese Sonderbehandlung kann auch in der bevorzugten Zahlung gegenüber den restlichen Gläubigern bestehen, wobei dies nicht auf einer „nachträglich“ erfolgten besonderen Privilegierung des Gläubigers beruhen darf, da ein Vergleich einen solchen Rang nicht einräumen kann. Aus diesem Grund kann ein Vergleich auch nicht bestimmten Gläubigern eine besondere Privilegierung zuerkennen und sie damit von den Wirkungen des Konkursvergleichs abschirmen (Art. 123 Abs. 1 und Art. 134 Abs. 2 LC)¹⁷³. Davon abgesehen würde ein erst im Vergleich verliehener Rang nicht über das Vergleichsverfahren hinaus bestehen, weil er in einer sich eventuell anschließenden Liquidationsphase keine Anwendung fände. Letztlich ergibt sich auch aus Art. 123 Abs. 1 und 134 Abs. 2 LC eindeutig, dass die besonders privilegierten Gläubiger keine Gläubigerklasse sind, die innerhalb ihrer Klasse durch eine Mehrheitsvereinbarung vereinbaren kann, dass die einfachen Gläubiger vorrangig befriedigt werden sollen. Erforderlich wäre hierfür vielmehr die Zustimmung eines jeden einzelnen besonders privilegierten Gläubigers¹⁷⁴.

b) Einfache und nachrangige Forderungen

Die Gläubiger einfacher Forderungen können an den Vergleichsverhandlungen teilnehmen und abstimmen (Art. 118 Abs. 1, 122 LC). Sie sind an den Inhalt des Vergleichs gebunden (Art. 134 Abs. 1 S. 1 LC). Ihre Forderungen erlöschen im Umfang des vereinbarten Teilerlasses und sind für den Zeitraum der vereinbarten Stundung nicht realisierbar (Art. 136 LC).

Anders als im Gesetzesentwurf¹⁷⁵ haben die Inhaber nachrangiger Forderungen nunmehr kein Stimmrecht in den Vergleichsverhandlungen (Art. 122 Abs. 1 Nr. 1 LC). Das vom Gesetz diesen Forderungen entgegengebrachte Misstrauen spiegelt sich hierin wider. Es würde wenig Sinn machen, diesen Forderungsinhabern in der Liquidation zwar den letzten Rang einzuräumen, ihnen aber im Vergleichsverfahren zu erlauben, sich an der Abstimmung über den Ver-

¹⁷² Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 51.

¹⁷³ Vgl. hierzu insbesondere Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 51 Fn. 50.

¹⁷⁴ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 50, 51.

¹⁷⁵ Dort hatten die Gläubiger nachrangiger Forderungen ein Stimmrecht inne (Art. 118 Abs. 2 *Anteproyecto de Ley Concursal*), so dass sie Einfluss auf die Abstimmungen eines Vergleichs hatten.

gleich zu beteiligen¹⁷⁶. Die Gläubiger nachrangiger Forderungen sind an den Inhalt eines Vergleichs genauso gebunden wie die der einfachen Forderungen (Art. 134 Abs. 1 S. 1 LC). Eine möglicherweise vereinbarte Stundung wird aber für die nachrangigen Forderungen erst von dem Zeitpunkt an berechnet, ab dem der Vergleich hinsichtlich der einfachen Forderungen vollständig erfüllt ist (Art. 134 Abs. 1 S. 2 LC). Den nachrangigen Gläubigern wird die Möglichkeit zugestanden, alternative Vorschläge anzunehmen, die eine Umwandlung ihrer Forderungen in Aktien, in Beteiligungen, in Gesellschaftsanteile oder in eine Beteiligungsforderung vorsehen (Art. 134 Abs. 1 S. 3, Art. 102 LC).

2. Im Liquidationsverfahren

a) Befriedigung der Forderungen gegen die Masse

Die Befriedigung der Forderungen gegen die Masse erfolgt nach Maßgabe des Art. 154 LC. Danach zieht die Konkursverwaltung vor der Befriedigung der Konkursforderungen die Sachen und Rechte von der Aktivmasse ab, die notwendig sind, um die Forderungen gegen die Masse zu befriedigen (Art. 154 Abs. 1 LC). Der Abzug erfolgt hierbei nur zulasten der Sachen und Rechte, die nicht für die Auszahlung besonders privilegierter Forderung bestimmt sind (Art. 154 Abs. 3 S. 1 LC). Für die Forderungen gegen die Masse bedeutet dies de facto eine Zurückstellung ihrer Befriedigung hinter diejenigen der besonders privilegierten Forderungen¹⁷⁷. In der spanischen Literatur¹⁷⁸ wird darauf hingewiesen, dass diese Regelung gegenüber Inhabern dinglicher Sicherheiten gewiss gerechtfertigt sei, da diese im Interesse der Gläubigergemeinschaft die Bestimmung in Art. 56 LC zu dulden haben und auch die Kosten tragen müssen, die sich aus einer abgesonderten Vollstreckung ihrer Sicherheiten ergeben. In Bezug auf die restlichen Gläubiger besonders privilegierter Forderungen erscheine dies aber eher fraglich.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Art. 154 Abs. 3 S. 1 LC kann nicht angenommen werden, dass die Lohnforderungen, die nunmehr als Forderungen gegen die Masse eingeordnet werden, weiterhin den besonders privilegierten Forderungen in der Befriedigung vorgehen sollen¹⁷⁹, wie dies noch vereinzelt aufgrund der alten gesetzlichen Regelung, die den Lohnfor-

¹⁷⁶ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 406.

¹⁷⁷ Pérez del Blanco: La nueva Ley Concursal, S. 67, 70, der hierdurch eine Form der Einreihung der besonders privilegierten Forderungen in die Forderungen gegen die Masse sieht.

¹⁷⁸ Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 512.

¹⁷⁹ In diesem Sinne Ríos Salmerón, AL 2003, S. 384; García-Perrote Escartín, JL 2003, S. 31; Fernández Ruiz, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho concursal, S. 427.

derungen absoluten Vorrang einräumte¹⁸⁰, angenommen wurde¹⁸¹. Festgehalten werden kann daher, dass die besonders privilegierten Forderungen gegenüber Lohnforderungen nach der jetzigen Regelung besser gestellt sind. Denn auch für diese Art von Forderungen darf nicht in die einem besonderen Privileg unterliegenden Sachen und Rechte eingegriffen werden.

Hinsichtlich der Befriedigung der Masseforderungen hat der Gesetzgeber keine bestimmte Rangfolge innerhalb der Nummern des Art. 84 Abs. 2 LC vorgegeben. Erweisen sich die zuvor abgezogenen Sachen und Rechte als unzureichend, soll das Erlangte unter allen Massegläubigern nach der Reihenfolge ihrer Fälligkeiten aufgeteilt werden (Art. 154 Abs. 3 S. 2 LC). Diese Regelung ist jedoch unlogisch. Ist das Erlangte nämlich unzureichend, können gar nicht alle Massegläubiger entsprechend ihrer Fälligkeit befriedigt werden¹⁸². Aus diesem Grunde kann eine Befriedigung aller Massegläubiger nur anteilig erfolgen.

b) Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen

Im Falle der Liquidation werden die Inhaber besonders privilegierter Forderungen zulasten der betroffenen Sachen und Rechte befriedigt, die Gegenstand einer Einzel- oder Gesamtvollstreckung sind (Art. 155 Abs. 1 LC). Die speziellen Privilegien behalten daher weiterhin ihren Vorrang vor den generellen Privilegien. Die Reihenfolge der Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen richtet sich nicht etwa – wie fälschlicherweise angenommen werden könnte – nach der im Gesetz vorgegebenen Reihenfolge der Nummern in Art. 90 LC, sondern vielmehr nach dem für das Zusammentreffen besonderer Vorzugsrechte geltenden Prioritätsprinzip (*prior tempore potius iure*)¹⁸³. Treffen daher besonders privilegierte Forderungen aufeinander, die auf derselben Sache oder auf demselben Recht lasten, richtet sich die Reihenfolge der Befriedigung nach dem zeitlichen Entstehen. Es wird daher dasjenige Privileg zuerst befriedigt, das als erstes die jeweils spezialgesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen und Formalitäten erfüllt hat, um Dritten gegenüber einwendbar zu sein (Art. 155 Abs. 3 S. 3 LC). Der Fall der stillen gesetzlichen Hypothek wird durch einen Verweis auf deren eigene Regelung gelöst (Art. 155 Abs. 3 S. 4 LC). Vergessen wurde hingegen der Fall der Bauforderungen der Arbeitnehmer (*créditos refaccionarios*). Eine vereinzelte Ansicht in der

¹⁸⁰ Vgl. hierfür die Ausführungen am Anfang des Abschnitts zu Art. 184 Abs. 2 Nr. 1 LC zum sog. „*superprivilegio salarial*“.

¹⁸¹ Für eine solche Auslegung des *Proyecto de Ley Concursal*, aber ohne Argumente hierfür noch: *González Bilbao*, *Diario La Ley*, Nr. 5671, v. 6. Dezember 2002, S. 6, der aber nunmehr offensichtlich seine Meinung geändert hat, vgl. *ders.*, RCDI 2004, S. 1351 ff.

¹⁸² Vgl. zu diesem Problem *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 513 f., der den Gesetzgeber daher zum Handeln auffordert. Hierzu auch *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 206.

¹⁸³ *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, *La reforma de la Legislación Concursal*, S. 225, 231.

Literatur¹⁸⁴ will diesen deshalb sogar in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 2 ET in der Fassung der *D.F. decimocuarta* Abs. 1 LC absolute Priorität einräumen. Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Zum einen ist bereits in Art. 32 Abs. 5 ET n.F. festgelegt, dass die in Art. 32 ET vorgesehene absolute Priorität dieser Forderungen im Falle des Konkurses gerade nicht gilt. Zum anderen verbietet sich hier eine solche Analogie, da diese dem Willen des Gesetzgebers klar widersprechen würde. Dieser hat durch die Einordnung der Lohnforderungen als Forderungen gegen die Masse deutlich gemacht, dass diese zwar grundsätzlich vor allen anderen Konkursforderungen zu befriedigen sind. Anders als zuvor dient die dinglich belastete Sache jedoch nunmehr exklusiv der Befriedigung der auf diese Weise abgesicherten Forderungen und kann nicht zur Befriedigung der Lohnforderungen herangezogen werden. Hieraus lässt sich ableiten, dass ein absoluter Vorrang der Arbeitnehmerforderungen im Konkursverfahren vor dinglich abgesicherten Forderungen vermieden werden sollte. Die Gesetzeslücke lässt eine solche Analogie nicht zu. Vielmehr sind auch diese Forderungen entsprechend ihrer zeitlichen Entstehung zu befriedigen, da dies dem Willen des Gesetzgebers am nächsten kommt, auch wenn keine formalen Bezugspunkte – wie bei den dinglichen Sicherheiten für deren Einwendbarkeit gegenüber Dritten – vorhanden sind.

Forderungen, die mit einer Sicherheit ausgestattet sind, die ein besonderes Privileg gewährt, sind gegenüber sämtlichen Forderungen absolut vorrangig, seien diese nun vor oder nach dem Konkurs entstanden. Aus diesem Grunde werden von ihnen nicht einmal die Vollstreckungskosten abgezogen, die von der Konkursmasse getragen werden, wenn die Vollstreckung verbunden erfolgte (Art. 154 Abs. 3 LC)¹⁸⁵.

Grundsätzlich erfolgt die Befriedigung der besonders privilegierten Gläubiger durch die Versteigerung der belasteten Sachen und Rechte (Art. 155 Abs. 4 S. 1 LC). Dies ist aber nicht die einzige Möglichkeit der Zahlungsbeitreibung, die das Gesetz für die besonders privilegierten Gläubiger vorsieht. Ihre Forderungen können auch zulasten der Masse und ohne Verwertung der belasteten Sachen und Rechte beglichen werden (Art. 155 Abs. 2 LC), oder die Sachen und Rechte können unter Aufrechterhaltung der Belastung und unter Forderungseintritt des

¹⁸⁴ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 534. Diese Ansicht könnte auf das Arbeitnehmerprivileg des Art. 32 Abs. 1 ET nach alter Fassung zurückzuführen sein. Hiernach standen den Arbeitnehmern die Arbeitsbezüge der letzten dreißig Tage zu, soweit sie nicht das Doppelte des gesetzlichen Mindestlohns überstiegen. Sie hatten vor allen anderen bevorzugten Forderungen Vorrang, selbst vor hypothekarisch gesicherten Forderungen. Dieses Generalprivileg wurde wegen seines absoluten Vorrangs allgemein auch als „*superprivilegio*“ bezeichnet. Vgl. hierzu im einzelnen *Ríos Salmerón*, Los privilegios del crédito salarial, S. 331 ff., 344 m.w.N.

¹⁸⁵ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 71.

Erwerbers veräußert werden (Art. 155 Abs. 3 S. 1 LC). Darüber hinaus kann der Konkursrichter den Direktverkauf der Sache erlauben (Art. 155 Abs. 4 S. 1 LC)¹⁸⁶.

Bei jeder Art von Veräußerung wird der verbleibende Überschuss den anderen Forderungen zugeführt (Art. 155 Abs. 3 S. 2 LC). Reicht der erzielte Erlös jedoch nicht für die Begleichung des besonders privilegierten Forderungsbetrages aus, wird der Gläubiger mit der noch ausstehenden Differenz zum einfachen Gläubiger, der zusammen mit den einfachen Gläubigern anteilmäßig befriedigt wird (Art. 157 Abs. 2 LC).

c) Befriedigung der allgemein privilegierten Forderungen

Die Befriedigung der allgemein privilegierten Forderungen erfolgt in der von Art. 91 LC vorgegebenen Reihenfolge und gegebenenfalls anteilig innerhalb derselben Nummer – jedoch erst, nachdem die für die Befriedigung der Forderungen gegen die Masse erforderlichen Sachen und Rechte von der Aktivmasse abgezogen worden sind, und zulasten derjenigen Sachen, die keinem besonderen Privileg unterliegen, oder zulasten des nach der Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen hiervon verbliebenen Restes (Art. 156 LC).

d) Befriedigung der einfachen und nachrangigen Forderungen

Die einfachen Forderungen werden anteilig mit den Sachen und Rechten der Aktivmasse befriedigt, die übrig bleiben, wenn alle zuvor genannten Forderungen befriedigt sind (Art. 157 Abs. 2 LC). In Ausnahmefällen kann der Richter auf Antrag der Konkursverwaltung die vorzeitige Begleichung der einfachen Forderungen erlauben, wenn er die Begleichung der Forderungen gegen die Masse und der privilegierten Forderungen für ausreichend gedeckt erachtet (Art. 157 Abs. 1 S. 2 LC). Wie bereits erwähnt, werden zusammen mit den einfachen Forderungen die besonders privilegierten Forderungen zu dem Teil berichtet, zu dem sie durch die belasteten Sachen oder Rechte noch nicht befriedigt worden waren (Art. 157 Abs. 2 LC).

Die nachrangigen Forderungen nehmen die allerletzte Stufe der Skala der Klassifizierung ein. Sie kommen erst dann zum Zuge, wenn die einfachen Forderungen vollständig befriedigt sind (Art. 158 Abs. 1 LC). Die Auszahlung erfolgt in der von Art. 92 LC festgelegten Reihenfolge und gegebenenfalls anteilig innerhalb derselben Stufe (Art. 158 Abs. 2 LC).

¹⁸⁶ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 407.

B. Bewertung der Reform der Rangfolge der Forderungen

I. Reduzierung der Privilegien

Von welchen Gesichtspunkten sich der Gesetzgeber bei der „Verjüngung“ der Privilegien leiten lassen hat, kann zum einen anhand der abgeschafften Vorzugsrechte und zum anderen anhand der nunmehr in das Konkursgesetz aufgenommenen Privilegien abgelesen werden.

1. *Par conditio creditorum*

Angesichts der Aushöhlung¹⁸⁷ des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung¹⁸⁸ nach altem Recht, das eine Vielzahl von Vorzugsrechten gesetzlich anerkannte¹⁸⁹, wollte der spanische Gesetzgeber dem Grundsatz der *par conditio creditorum* in der Neuregelung mehr Gewicht beimessen und bei der angestrebten „Verjüngung“ der Vorzugsrechte stärker berücksichtigen¹⁹⁰. In der Begründung des Konkursgesetzes¹⁹¹ hat der Gesetzgeber herausgestrichen, die Privilegien und Vorzugsrechte innerhalb des Konkurses drastisch reduziert und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger hierbei zur Grundregel im Konkurs gemacht zu haben¹⁹². Ausnahmen von diesem Prinzip sollten daher nur begrenzt vorgenommen werden und stets gerechtfertigt sein. Jene Huldigung der *par conditio creditorum* wurde in der spanischen Literatur jedoch kritisiert¹⁹³. Denn das Konkursgesetz sieht – ausgehend von den einfachen Forderungen – sowohl in positiver (privilegierte Forderungen) als auch in negativer Hinsicht (nachrangige Forderungen) eine Reihe von Ausnahmen vor. Bezüglich der vom Gesetzgeber proklamierten „drastischen“ Reduzierung der Vorzugsrechte, die ihrem Bestreben nach grundsätzlich positiv zu bewerten ist¹⁹⁴, kann zwar nicht geleugnet werden, dass das neue Konkursgesetz die Anzahl der Privilegien tatsächlich reduziert hat. Von einer Dezimierung großen

¹⁸⁷ Albaladejo/Gullón Ballesteros, Comentarios al Código Civil, Bd. 24, Art. 1921 CC, S. 680; Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67.

¹⁸⁸ Vgl. zum Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 275, 298 f.

¹⁸⁹ Zur alten Rechtslage der Vorzugsrechte bzw. Aus- und Absonderungsrechte vgl. allgemein Arias Varona, El derecho de separación en la quiebra; Beltrán Sánchez, El derecho de separación en la quiebra, in: Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. 1, S. 255.

¹⁹⁰ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 68.

¹⁹¹ „La regulación de esta materia de clasificación de los créditos (...) reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso“, Begründung des Konkursgesetzes V, B.O.E., Nr. 164, v. 10. Juli 2003, 26909.

¹⁹² „Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.“, Begründung des Konkursgesetzes V, B.O.E., Nr. 164, v. 10. Juli 2003, 26909, 26910.

¹⁹³ Bermejo, Créditos y quiebras, S. 465 ff.; Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 239 f.; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 358 f.; Rogel Vide, in: Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 56.

¹⁹⁴ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 360.

Umfangs kann aber nicht die Rede sein. Denn dort, wo alte Privilegien weggefallen sind, kamen neue hinzu, was insbesondere an der Anzahl der privilegierten Forderungen ablesbar ist¹⁹⁵. Betrachtet man also den Umfang der privilegierten Forderungen¹⁹⁶, könnte dieser Umstand einem Großteil der Reduzierung der vom Konkursgesetz nicht anerkannten oder beschnittenen Privilegien entgegenwirken.

2. Abschaffung von Vorzugsrechten und Einführung neuer Privilegien

Im Einzelnen war das Vorzugsrecht von Forderungen, die durch eine öffentliche Urkunde belegt oder die in einem rechtskräftigen Urteil anerkannt waren, ohnehin rational nicht zu rechtfertigen¹⁹⁷. Auch die Bevorzugung von Vormerkungen, hauptsächlich von Pfändungen, widersprach der Logik eines Konkursverfahrens, da sie ein unkooperatives Verhalten der Gläubiger angesichts der Zahlungsschwierigkeiten des Gemeinschuldners förderte („Wettlauf der Gläubiger“)¹⁹⁸. Die Abschaffung dieser Privilegien im Konkurs deckt sich mit der Anerkennung eines Privilegs desjenigen Gläubigers, der die Konkursöffnung beantragt hat (Art. 91 Nr. 6 LC). Etwas anderes gilt jedoch, wenn letzteres Mittel zu weit greift¹⁹⁹. Angesichts der vom Gesetzgeber angestrebten drastischen Reduzierung der Privilegien wäre daher nach Ansicht in der Lehre²⁰⁰ ein Verzicht auf eine derart umstrittene Neuheit konsequenter gewesen.

Bei der Betrachtung der besonderen Privilegien des Art. 1922 CC und des *Código de Comercio*, die im heutigen Art. 90 Abs. 1 LC keine Anerkennung gefunden haben, wird Folgendes klar. Eines der ausschlaggebenden Kriterien, die bei der gesetzlichen Verjüngung der Privilegien im Konkurs eine Rolle spielten, war die Ablehnung von Privilegien für Forderungen vertraglichen Ursprungs, deren Inhabern es weder verboten noch wesentlich erschwert war, für die Gegenleistung des anderen Vertragspartners eine von ihnen als zweckmäßig erachtete

¹⁹⁵ Ein drastische Reduzierung ebenso anzweifelnd und die Zunahme nicht nur der Privilegien, sondern auch der Forderungen gegen die Masse hervorhebend: *Rogel Vide*, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 38, 46. Vgl. auch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 894, die in diesem Zusammenhang auf die Masseverbindlichkeiten hinweist, bei denen einige der alten Privilegien wieder auftauchen.

¹⁹⁶ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 520 f.

¹⁹⁷ *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Bd. II, S. 771 ff.; *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 362 ff., 375 f.; *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 521.

¹⁹⁸ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 521.

¹⁹⁹ Dies sah *Garrido*, RDM 1992, S. 799 ff; *ders.*, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la legislación Concursal, S. 225, 237 f., voraus und verteidigt es. Dagegen, aber mit einer anderen Begründung, *Bermejo Gutiérrez*, Créditos y quiebra, S. 266 ff. und *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 387 f. Vgl. auch die im Rahmen einer Analyse der verschiedenen Anreize zur Förderung der Beantragung der Konkursöffnung *Pulgar Ezquerro*, in: ebenda, S. 120 ff., 125 ff.

²⁰⁰ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 521 f.

dingliche Sicherheit zur Absicherung zu vereinbaren²⁰¹. Die logische Entsprechung dieses Kriteriums ist die Anerkennung eines Privilegs zugunsten der außervertraglichen Gläubiger (Art. 91 Nr. 5 LC), da eine antizipierte Vereinbarung mit den Schädigern praktisch unmöglich ist²⁰². Anzumerken ist hier jedoch, dass die Vertragspartner durch jene zuvor genannten Privilegien Transaktionskosten sparen können²⁰³ – wie etwa die Verhandlungs- und Bestellungskosten dinglicher Sicherheiten – die normalerweise vereinbart würden, wenn jene Privilegien nicht existieren würden.

In diesem Zusammenhang ist nach Auffassung der spanischen Literatur schwer verständlich, warum das Äquivalent einer gesetzlichen Hypothek für Bauunternehmer und für diejenigen, die für den Bau eine Leistung erbracht haben (Art. 90 Abs. 1 Nr. 3 LC), beibehalten wurde, statt die Anwendung der Art. 59 bis 64 LH vom Bestehen eines Vertrages im Sinne dieser Vorschriften abhängig zu machen²⁰⁴. Unklar ist ebenso, warum die Finanzierungsleasinggeber und die Verkäufer eines Abzahlungsverkaufs von Immobilien²⁰⁵ unter Eigentumsvorbehalt, Verfügungsverbot oder auflösender Bedingung im Falle des Ausbleibens der Zahlung mit einem besonderen Privileg *ex lege* für ihre Abzahlungs- und Ratenforderungen beschenkt wurden (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC). Denn hier handelt es sich um Gläubigergruppen, denen es auch durch die Vereinbarung einer ihnen angebracht erscheinenden dinglichen Sicherheit möglich ist, ein Privileg zu erlangen²⁰⁶.

Darüber hinaus erhielten Forderungen aus persönlicher unabhängiger Arbeit (Art. 91 Abs. 1 Nr. 3 LC)²⁰⁷ und Forderungen aus außervertraglicher Haftung (Art. 91 Abs. 1 Nr. 5 LC) eine neue Privilegierung²⁰⁸.

²⁰¹ Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 396 ff.; Pantaleón Prieto in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 522.

²⁰² Vgl. Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 396 ff; ders., in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 236; Llebot Majó, Las garantías reales en los procedimientos concursales, S. 118 ff.; Alonso Martínez, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 385 f.; dagegen verneint Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 304 ff. die Rechtfertigung dieses Privilegs.

²⁰³ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 522.

²⁰⁴ Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 522. Nicht kritisiert wird dies aber von Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 230 und Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 374 f.

²⁰⁵ Oder von beweglichen Sachen, wenn es sich um Kaufverträge handelt, die nicht der Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles unterliegen, da deren Art. 16 Abs. 5 den Forderungen der Verkäufer bereits ein eigenes Vorzugsrecht der durch ein Pfandrecht gesicherten Forderungen zubilligt.

²⁰⁶ So Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 522; Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 230, begrenzt seine Kritik auf die einem Finanzierungsleasing entsprungenen Forderungen, was damit zusammenhängen könnte, dass in Art. 124 Abs. 1 Nr. 4 der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von Prof. Rojo eine ähnliche Fassung wie der heutige Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC enthielt, nur dass dort lediglich auf Eigentumsvorbehalt, Verfügungsverbot und auflösende Bedingung, dagegen nicht aufs Leasing Bezug genommen wurde.

²⁰⁷ Nach allgemeiner Ansicht waren diese nicht nach Art. 913 Nr. 1 c) CCom privilegiert, vgl. Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 413.

In der spanischen Literatur wurde eine sehr viel radikalere Reform gefordert²⁰⁹. Vorgeschlagen wurde sogar, ein Aussonderungsrecht im Konkurs aufgrund des Eigentums oder aufgrund des Rechts zur Wiedererlangung des Eigentums abzuerkennen, so dass die rechtliche Stellung solcher Gläubiger im Konkurs auf die Inhaberschaft einer bloßen dinglichen Sicherheit reduziert werden würde²¹⁰. Dementsprechend solle der zweite Satz in Art. 56 Abs. 1 LC bereits jetzt schon als nicht vorhanden behandelt werden, da dessen Regelung einen unerträglichen Wertungswiderspruch zur Bestimmung des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC darstelle²¹¹. Die Regelung im Konkursgesetz verleiht diesen Gläubigern tatsächlich einen doppelten Schutz. Allerdings ist fraglich, ob nicht statt der Regelung des Art. 56 LC besser die Regelung des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC vom Gesetzgeber abgeschafft werden sollte. Solange der Gesetzgeber jedoch noch keine Änderung herbeigeführt hat, können diese Gläubiger gemäß den im Konkursgesetz vorgesehenen Möglichkeiten vorgehen (vgl. ausführlich im 5. Kapitel B., C., D.).

3. Publizität

Die Publizität der Sicherheiten spielt im spanischen Recht eine große Rolle. Nach herrschender Meinung²¹² dürfen im spanischen Recht prinzipiell weder dingliche Sicherheiten noch Privilegien im Allgemeinen ohne Publizität bestehen. Denn erst die Publizität erlaube den zukünftigen Gläubigern, Kenntnis von den Sicherheiten zu erlangen. Die im Konkursgesetz erfolgte Anerkennung stiller gesetzlicher Hypotheken (Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 LC) und Pfandrechte an Forderungen (Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 LC) wurde deshalb heftig kritisiert²¹³.

Vorangestellt werden soll zunächst, dass die Übertragung von Eigentum, dinglichen Rechten, der Inhaberschaft von Forderungen und anderen Immaterialgüterrechten im spanischen Recht keinerlei Publizität erfordert, die dem Schutz der späteren Gläubiger dient. Schützt eine Rechtsordnung die Gläubiger nicht, die diesen Umstand akzeptieren, ohne dass sie hierbei das Risiko einer Absonderung *ex iure dominii* in einem möglichen Konkurs kennen können²¹⁴, stellt sich die Frage, wie ein Schutz gegenüber dem nicht erkennbaren Risiko der Existenz privilegierter Forderungen erreicht werden soll. Die Eintragung einer Immobiliehypothek im Grundbuch und die übrigen konstitutiven Eintragungen dinglicher Sicherheiten in anderen

²⁰⁸ Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 520.

²⁰⁹ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 522.

²¹⁰ Gegen eine solche radikale Reform Bermejo Gutiérrez, Crédito y quiebra, S. 409 ff.

²¹¹ Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 523.

²¹² Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 87 f., ders., Tratado de las preferencias del crédito, S. 144 ff., 490 ff.; Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 523.

²¹³ Rojo Fernández-Rio, in: ders., La reforma de la Legislación Concursal, S. 125 f.; Garrido, ebenda, S. 225, 229; Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 524.

²¹⁴ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 524.

öffentlichen Registern dienen nicht der Publizität des Bestehens des Rechts, um potentielle Gläubiger zu schützen²¹⁵. Vielmehr dienen sie dem Schutz der zukünftigen Erwerber des Eigentums oder eines dinglichen Benutzungs- oder Sicherungsrechts. Gleiches gilt bei der Eintragung von erworbenen Sachen, die nicht von dem Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs geschützt sind, was den konstitutiven Charakter der Eintragung rechtfertigt.

Die eingangs genannte These, dass es im spanischen Recht keine dinglichen Sicherheiten ohne Publizität, die den zukünftigen Erwerbern ermöglicht, Kenntnis von ihnen zu erlangen, geben darf, findet in Art. 90 Abs. 2 LC allerdings keine Stütze. Einige spanische Autoren sehen hierin die Bestätigung des Irrtums dieser These und begrüßen diese Entwicklung²¹⁶.

Diese Ansicht ist im Hinblick auf das spanische System der Sicherheiten jedoch abzulehnen. Danach findet nämlich das Vorzugsrecht, das der Inhaber einer dinglichen Sicherheit genießt, sein Gegengewicht in der notwendigen Publizität²¹⁷, mit der die anderen Gläubiger auf die Existenz der Sicherheit aufmerksam gemacht werden.

Unverständlich erscheint in diesem Zusammenhang auch die Beibehaltung der den Versicherern in Art. 195 bis 197 LH gewährten gesetzlichen Hypotheken (*hipoteca legal tácita*, Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC)²¹⁸. Denn die Erhaltung eines solchen Rechtsinstituts ist mit einer modernen Regelung der Sicherheiten nicht kompatibel, da die gesetzlichen Hypotheken²¹⁹ Interessen schützen, die in der heutigen Zeit nicht mehr zu rechtfertigen sind und einem der Gründe des Rechts des Forderungsschutzes angehören.

4. Drastische Reduzierung

Wie eine wirklich „drastische Reduzierung“ der Vorzugsgründe im Konkurs aussehen könnte, wurde in der Literatur vielfach diskutiert. Vorgeschlagen wurde etwa das folgende Konzept²²⁰: Im Konkurs würden als Privilegien nur die dinglichen Sicherheiten vertraglichen Ursprungs

²¹⁵ In Bezug auf das Pfandrecht an Sachen ist offensichtlich, dass das Erfordernis der Besitzaufgabe des Pfandgebers niemals diesem Zweck diene und dienen konnte. Es ist ein Akt der „negativen Publizität“, die über den Pfandgeber nur aussagt, dass er über die Sache weder lastenfrei verfügen, noch ein Pfandrecht an erster Rangstelle bestellen kann.

²¹⁶ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 526.

²¹⁷ *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 229.

²¹⁸ Als nicht zu rechtfertigen sahen dies *Diéz-Picazo*, Fundamentos, Bd. II, S. 757 f.; *Garrido*, in: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Bd. III, S. 3600; *Bermejo Gutiérrez*, Créditos y quiebra, S. 290 f. an. Unverständlich ist, dass während des Gesetzgebungsprozesses im Parlament drei Änderungsvorschläge vorgebracht wurden (im Kongress Nr. 119 und 504 und im Senat Nr. 285), um ein besonderes Privileg für die Versicherer für die Prämien der ersten beiden Jahre in dem jetzigen Art. 90 Abs. 1 LC einzuführen.

²¹⁹ Im Anteproyecto de Ley Concursal waren die gesetzlichen Hypotheken nicht bei den besonders privilegierten Forderungen enthalten. Vgl. *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 229.

²²⁰ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 526 f.

der verschiedenen spanischen Gesetze anerkannt, wobei es auf eine den künftigen Gläubigern zugängliche Publizität nicht ankommen solle. Daneben würden die gesetzlichen Sicherheiten für die Verwaltung fremder Sachen aufgenommen, die zwar aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheinen²²¹, aber aus Gründen der Sozialgerechtigkeit erforderlich seien. Zudem sollten Forderungen aus außervertraglicher zivilrechtlicher Haftung hinsichtlich Personenschäden, die nicht von einer Haftpflichtversicherung abgedeckt sind, berücksichtigt werden²²².

Dieses Konzept geht in die richtige Richtung, ist aber sicher noch nicht völlig ausgereift. Es bedarf noch weiterer Überlegungen, das System der Vorzugsrechte und Privilegien zu verbessern.

II. Keine Differenzierung nach Mobiliar- und Immobiliarprioritäten

In der alten Regelung des *Código Civil*²²³ waren jeweils eigene Vorschriften für Vorzugsrechte an beweglichen (Art. 1922, 1926 CC) und unbeweglichen Sachen (Art. 1923, 1927 CC) enthalten. Demgegenüber wurde in der neuen Regelung der Vorzugsrechte im Konkursgesetz auf eine Unterscheidung nach Mobiliar- und Immobiliarprioritäten verzichtet. Stattdessen wird in den einzelnen Nummern der Vorschrift über besonders privilegierte Forderungen jeweils einzeln erwähnt, welche Sachen von den Vorzugsrechten erfasst sind²²⁴. Dies hat teilweise zu Schwierigkeit geführt²²⁵.

Dem Umstand, dass das neue Konkursgesetz auf eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Mobiliar- und Immobiliarprioritäten verzichtet hat, kann jedenfalls nicht entnommen werden, dass eine derartige Differenzierung an sich abzulehnen wäre. Dies ergibt sich aus der Natur der Sachen und ebenso aus dem Wortlaut des Art. 90 LC. So ist bereits anhand der Definition der Sicherheiten erkennbar, dass sich gesetzliche Hypotheken auf Immobilien beziehen und besitzlose Pfandrechte notwendigerweise auf bewegliche Sachen. Der Katalog von Privilegien in Art. 90 LC belegt selbst, dass er zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, auf

²²¹ Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 295 ff.

²²² Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 527.

²²³ Die Regelung im CC gilt in der Einzelvollstreckung weiterhin. Vgl. hierzu in diesem Kapitel A.I.

²²⁴ Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 „hipoteca [...] inmobiliaria o mobiliaria“, Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC „los frutos del inmueble gravado“, Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC „bienes muebles o inmuebles“, wobei in Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 LC nur von „bienes“ gesprochen wird, so dass hierunter sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen zu verstehen sind.

²²⁵ Rogel Vide erläutert diese Schwierigkeiten am Beispiel des Art. 1926 Abs. 2 Nr. 3 CC, da Pachtforderungen eines kultivierten Grundstücks und Forderungen wegen Vorschüssen von Saatgut, Kultivierungs- und Erntekosten hinsichtlich der Früchte einer bestimmten Ernte aufeinander treffen, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 45.

denen die Privilegien ruhen, unterscheidet, um auf diese genauer einzugehen²²⁶. Andere Autoren sehen in der Beseitigung der Differenzierung nach Mobilien und Immobilien hingegen einen Erfolg, ohne dies jedoch zu begründen²²⁷. Eine künstliche Vereinfachung der besonderen Privilegien kann aber weder die grundlegenden Unterschiede zwischen Mobiliar- und Immobiliarpriwilgien noch deren zahlreichen Nuancen beseitigen.

III. Beibehaltung der Bevorzugung öffentlich-rechtlicher Forderungen

Es gibt eine Reihe von Argumenten, die gegen eine Bevorzugung der öffentlich-rechtlichen Forderungen sprechen, aber nur sehr wenige, die deren Aufrechterhaltung stützen²²⁸. Es verwundert daher nicht, dass sich ein beachtlicher Teil der europäischen Staaten für ihre Reduzierung bzw. sogar für ihre Abschaffung entschieden hat²²⁹. Denn den einzelnen Gläubigern wird durch die Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Forderungen eine unverhältnismäßige Belastung in der wirtschaftlichen Krise des Schuldners auferlegt²³⁰, während der Staat der vielseitigste aller Gläubiger ist, über die besten Mittel zum rechtlichen Schutz seiner Interessen verfügt, mit den besten Informationen über seine Schuldner sowie mit materiellen und humanen Mitteln ausgestattet ist, die mit denen privater Gläubiger nicht vergleichbar sind²³¹. Die vollständige Anerkennung der Privilegien der öffentlich-rechtlichen Forderungen könnte daher einen sog. Dominoeffekt verursachen, so dass sich die Insolvenz auf andere Personen ausweiten würde, was schwere Folgen für die eigenen öffentlichen Interessen haben könnte. Der Staat verfügt zudem über andere Vorzugsrechte neben den allgemeinen Privilegien, wie etwa über gesetzliche Hypotheken²³². Darüber hinaus ist die historisch begründete²³³ Rechtfertigung einer solchen Privilegierung überholt.

Für die Abschaffung aller traditionell bestehenden Privilegien öffentlich-rechtlicher Forderungen bestanden also gewichtige Gründe. Andere konkursrechtliche Gesetzesentwürfe

²²⁶ Vgl. hierzu *Rogel Vide*, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 45.

²²⁷ *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, Nr. 681, S. 187, 190.

²²⁸ Für deren Aufrechterhaltung könnten allenfalls soziale oder moralische Gründe sprechen, vgl. *Álvarez Caperochipi*, El registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias, S. 203.

²²⁹ *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 234.

²³⁰ Da durch die Befriedigung der öffentlichen Forderungen die Masse mit großer Wahrscheinlichkeit aufgezehrt wird, fallen die anderen Gläubiger mit ihren Forderungen aus, so *Pérez del Blanco*, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 74.

²³¹ *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 234.

²³² Vgl. hierzu *Garrido*, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 234.

²³³ Zu den historischen Gründen vgl. *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 383.

hatten bereits eine gelungene Reduzierung der öffentlich-rechtlichen Privilegien aufgezeigt²³⁴, und auch auf internationaler Ebene besteht die Tendenz, solche Privilegien abzuschaffen²³⁵. Umso heftiger wurde daher kritisiert²³⁶, dass die öffentlich-rechtlichen Forderungen auch noch innerhalb der Neuregelung des Konkursgesetzes eine Bevorzugung in der Intensität der Art. 91 Nr. 2, Nr. 4 LC bzw. der Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC und Art. 90 Abs. 2 LC (hinsichtlich der stillen gesetzlichen Hypothek in Verbindung mit den Bestimmungen des Art. 194 LH und des Art. 78 der *Ley General Tributaria*²³⁷) genießen.

In der jetzigen Fassung der *Ley Concursal* wird den öffentlich-rechtlichen Forderungen ein globales Privileg eingeräumt, das bis zu fünfzig Prozent des Betrages dieser Forderungen reicht²³⁸. Denn die öffentlich-rechtlichen Forderungen wurden im Vergleich zur alten Rechtslage sogar noch erweitert, indem die Privilegien auf jede Art von öffentlich-rechtlichen Forderungen – unabhängig von ihrem konkreten Charakter – erstreckt wurden. Dieser Erweiterung wird jedoch eine prozentuale Begrenzung entgegengesetzt, so dass das Privileg nur bis zur Hälfte der Summe aller öffentlich-rechtlichen Forderungen reicht²³⁹. Die Fassung im Konkursgesetz erscheint zwar gegenüber der noch im Gesetzesentwurf enthaltenen Variante²⁴⁰ vernünftiger. Jedoch ist die prozentuale Senkung der Privilegien der öffentlich-rechtlichen Forderungen im Hinblick auf die weiterhin bestehenden Schutzmechanismen dieser Forderungen – wie etwa der besonderen Privilegien – zu sehen. Die Kombination der im Konkursgesetz enthaltenen Vorschriften kann zu einem vermehrten Gebrauch der besonderen Privilegien und anderer Schutzmechanismen durch die öffentliche Verwaltung führen²⁴¹ und dadurch

²³⁴ In der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von Prof. Rojo Fernández-Rio aus dem Jahr 1995 war eine Begrenzung der Steuerforderungen auf 10 % der Passivmasse vorgesehen. Vgl. hierzu auch Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 234 f.

²³⁵ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 357, 382.

²³⁶ Vgl. Garrido, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, Bd. III, S. 3596 ff.; ders., in: Rojo Fernández-Rio, La Reforma de la Legislación Concursal, S. 234 ff.; Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 291 ff.; Rojo Fernández-Rio, in: ders., La Reforma de la Legislación Concursal, S. 126; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 382 ff.; Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 534; Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 74.

²³⁷ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²³⁸ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 74.

²³⁹ Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 235.

²⁴⁰ Im Gesetzesentwurf des Konkursgesetzes war anfangs sogar noch eine Vorschrift enthalten (Art. 75 Abs. 4 des *Proyecto de Ley Concursal* und Art. 79 Abs. 2 ALC von 2001), die vorsah, dass die Beträge von Steuer- und Sozialversicherungsforderungen „abgesondert“ werden konnten. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Bestimmung jedoch durch das allgemeine Privileg in Art. 91 Nr. 2 LC ersetzt. Ausführlicher hierzu Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 110 ff. und in: dies., Derecho Concursal, S. 379 f.; Pantaleón Prieto, in: De la Gándara/Sánchez Álvarez, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 535. Insgesamt zu dieser Problematik vgl. Gómez Martín, Impuestos 2001, S. 16 ff.; Guilarte Gutiérrez, AC Nr. 511, 6.6.2001, S. 1 ff.; Cerdón Moreno, Proceso concursal, S. 138 f.; Herrera Cuevas, Manual de la reforma concursal, S. 464 f.

²⁴¹ Vgl. hierzu Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 235.

ein Weniger an allgemein privilegierten Forderungen verursachen. Wäre dies tatsächlich der Fall, würden sich die Anrechte der anderen Gläubiger aber nicht verbessern, sondern verschlechtern.

Zu diskutieren ist an dieser Stelle deshalb auch noch die Aufrechterhaltung der Privilegierung der gesetzlichen Hypotheken im Konkursgesetz (Art. 90 Abs. 1 Nr.1, Abs. 2 LC). Die gesetzliche stille Hypothek ist ein historisches Relikt, das mit einem modernen System der dinglichen Sicherheiten nur schwer zu vereinbaren ist und darüber hinaus Interessen schützt, die in der heutigen Zeit keine Privilegierung mehr verdienen²⁴². Unter die gesetzlichen Hypotheken des Art. 90 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 LC fallen die vermerkten und eingetragenen Aufbaukredite des Art. 1923 Nr. 3 CC als echte gesetzliche Hypotheken²⁴³ sowie die gesetzliche und geheime Hypothek der Versammlung der Wohnungseigentümer des Art. 9 e) des Wohnungseigentumsgesetzes (*Ley de Propiedad Horizontal* – PH)²⁴⁴, bei der gleichermaßen vorfinanziert wird, weil das Konkursgesetz bei der stillen Hypothek auf eine Eintragung verzichtet. Da es aber im geltenden spanischen Rechtssystem tatsächlich gar keine stillen Hypotheken gibt, sondern die Hypothek nur durch das Gesetz oder einen Vertrag entsteht, bezieht sich die *Ley Concursal* zweifellos auf die geheime gesetzliche Hypothek der Versammlung der Wohnungseigentümer für Kosten der Erhaltung der Wohnung oder der Geschäftsräume – ein Recht das ausnahmsweise die nachfolgenden Erwerber trifft, obwohl es nicht eingetragen ist²⁴⁵.

Aufgrund aller in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme wäre es mithin besser gewesen, dieses und die anderen Privilegien der öffentlich-rechtlichen Forderungen ganz abzuschaffen oder zumindest wesentlich einzuschränken und die dinglichen Sicherheiten gesetzlichen Ursprungs zu beseitigen. Offensichtlich fehlte hierzu aber der Mut. Die Abschaffung hätte jedenfalls nicht nur den übrigen Gläubigern im Konkurs direkte Vorteile verschafft, sondern auch indirekt der spanischen Wirtschaft gedient.

²⁴² Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 357, 370.

²⁴³ Mezquita, Garantías de constructor: el crédito refaccionario, S. 298 ff.

²⁴⁴ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

²⁴⁵ Vgl. Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 194, 195.

Viertes Kapitel

Dingliche Sicherheiten im Konkurs in Spanien

A. Dingliche Sicherheiten

Betrachtet man die Behandlung von Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz, ist es von entscheidender Bedeutung, wie aus den jeweiligen Sicherheiten vollstreckt werden kann.

Das spanische Konkursgesetz stellt zunächst den Grundsatz auf, dass Vollstreckungsverfahren ab der Konkurseröffnung nicht mehr aufgenommen werden dürfen und bereits begonnene Vollstreckungsverfahren ausgesetzt werden. Eine hiervon abweichende Regelung hat der spanische Gesetzgeber indes für die von ihm als „*garantías reales*“ („dingliche Sicherheiten“) bezeichneten Sicherheiten im Konkursgesetz geschaffen. Ihnen räumt er einen besonderen Stellenwert bei der Vollstreckung ein. Zwar hat der Gesetzgeber auf eine Definition des Begriffs der „dinglichen Sicherheit“ verzichtet. Es lässt sich jedoch bereits an dieser Stelle sagen, dass hierunter auch Grundpfandrechte fallen. Deshalb steht die Vollstreckungsregelung für dingliche Sicherheiten nachfolgend im Mittelpunkt der Untersuchung. Die sich im Einzelnen ergebenden Unterschiede und Besonderheiten der Vollstreckungen aus den jeweiligen Immobiliarsicherheiten werden im fünften Kapitel einer detaillierten Betrachtung unterzogen.

I. Interessenkonflikt zwischen der Masse und den Gläubigern einer dinglichen Sicherheit

1. Allgemeines

Bei der Vollstreckung im Konkurs geraten die wirtschaftlichen Interessen der dinglich gesicherten Gläubiger mit den Interessen der anderen Gläubiger in Konflikt. Die Gläubiger dinglicher Sicherheiten sind daran interessiert, ihre Forderungen durch die Bestellung der Sicherheiten vor einem Ausfall (etwa durch eine später eintretenden Insolvenz des Schuldners) abzusichern. Hierfür wird eine bestimmte Sache aus dem Vermögen des Schuldners belastet. Diesem Sicherungsinteresse stehen die Interessen der anderen Gläubiger gegenüber. Diese möchten die durch die Einzelvollstreckung verursachte Schmälerung der Aktivmasse des Konkurses verhindert wissen. Wichtig ist dies insbesondere, wenn das Schuldnervermögen die materielle Grundlage der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners

darstellt. Die Konkursregeln der dinglichen Sicherheiten werfen also heikle Fragen der Gesetzgebungspolitik und höchst komplexe rechtstechnische Probleme auf¹.

Das Konkursgesetz sieht nunmehr als Grundregel vor, dass mit der Konkurseröffnung Einzelzwangsvollstreckungen gerichtlicher oder außergerichtlicher Art in das Schuldnervermögen nicht mehr eingeleitet werden können (Art. 55 Abs. 1 LC). Diese Regelung wird vom spanischen Gesetzgeber als „natürliche Folge der Eingliederung der Gläubiger in die Passivmasse“ erachtet². Wie bereits erwähnt, sind hiervon jedoch die Vollstreckungen aus dinglichen Sicherheiten ausgenommen (Art. 55 Abs. 4 LC), für die eine eigene Regelung geschaffen wurde (Art. 56, 57 LC). Der Grund für diese beachtliche Ausnahme von der Universalität des Konkurses (Art. 49 LC) liegt in der gesetzlichen Gestaltung der dinglichen Sicherungsrechte (*derechos reales de garantía*) bzw. in der besonderen Natur der „Belastung“, die die Bestellung eines dinglichen Sicherungsrechts an der Sache bewirkt³.

2. Konzept dinglicher Sicherheiten

Die spanische Rechtsordnung betrachtet dingliche Sicherungsrechte als akzessorische Rechte, die begründet werden, um die Erfüllung einer Hauptverpflichtung abzusichern (Art. 1857 Nr. 1 CC in Bezug auf Pfandrecht und Hypothek). Die Besonderheit dinglicher Sicherheiten liegt in deren Gegenstand und Struktur. Denn das Vorzugsrecht wird bei dinglichen Sicherheiten auf den Erlös der Vollstreckung in die erfasste Sache des schuldnerischen Vermögens beschränkt und durch das Spezialitätsprinzip klar in seiner Wirkung begrenzt. Gegenüber anderen Gläubigern kann es ausschließlich in Verbindung mit dem Erlös, der bei dem Verkauf der bestimmten Sache erzielt wird, geltend gemacht werden⁴.

Die Begrenzung des Vorzugsrechts auf den Vollstreckungserlös einer bestimmten Sache birgt ernsthafte Risiken für den Gläubiger. So besteht die Gefahr möglicherweise eintretender Veränderungen der Sache, die Gegenstand des Vorzugsrechts ist – wie etwa deren Zerstörung oder Veräußerung. Denn anders als im Falle der Aussonderung wird diese Gefahr für den Gläubiger nicht etwa durch die Möglichkeit der Ersatzaussonderung nach Art. 81 LC aufgefangen. Es liegt deshalb im Interesse der dinglich gesicherten Gläubiger, dass die Sache des Schuldners einer späteren oder potentiellen Ausübung des Vorzugsrechts nicht entzogen wird. Die auf der Begrenzung des Vorzugsrechts beruhenden Risiken werden aber dadurch minimiert,

¹ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1039.

² Begründung des Konkursgesetzes III. Abs. 8, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

³ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1039, 1040.

⁴ *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 61.

dass dem Gläubiger ein dingliches Recht an der Sache, die Gegenstand der Sicherheit ist, eingeräumt wird⁵. Dank dieses dinglichen Rechts kann der Gläubiger sein Vorzugsrecht in zweifacher Hinsicht schützen. Auf der einen Seite gibt das dingliche Recht dem Gläubiger Möglichkeiten zur Sicherung der materiellen Unversehrtheit der belasteten Sache. Beispielsweise kann der Gläubiger bei schuldhafter Beeinträchtigung der hypothekarisch belasteten Immobilie eine richterliche Anordnung erwirken, die den Eigentümer der Immobilie zur Minimierung oder Beseitigung des Schadens anhält (Art. 117 LH). Auf der anderen Seite berechtigt das dingliche Recht den Gläubiger dazu, das Vorzugsrecht an dem Vollstreckungserlös aus der Sache auszuüben. Der Gläubiger kann das Vorzugsrecht selbst dann ausüben, wenn die Sache einer anderen Person übertragen wurde⁶. Das Vorzugsrecht bleibt unberührt.

Die komplexe rechtliche Konstruktion einer dinglichen Sicherheit entsteht also durch das Zusammenfließen⁷ von Vorzugsrecht und dinglichem Recht⁸. Die Forderung wird durch das Vorzugsrecht gestärkt, dessen Erhalt wiederum durch das dingliche Recht gesichert wird. Aus diesem Grunde dürfen die beiden nicht miteinander verwechselt werden⁹. Die Akzessorietät der dinglichen Sicherheit bewirkt deren Abhängigkeit von der Forderung. Die Löschung der Forderung verursacht die Löschung der Sicherheit. Die Übertragung der Forderung bewirkt notwendigerweise die Übertragung des dinglichen Rechts, das die Erfüllung der Forderung absichert (Arts. 1212, 1528 CC)¹⁰. Das Recht auf bevorzugte Befriedigung ist keine bloße

⁵ Die Mehrheit der spanischen Lehre konzentriert sich bei der Definition dinglicher Sicherheiten fast ausschließlich auf die Existenz des dinglichen Rechts, vgl. *Puig Brutau*, Fundamentos II, Teil 3, 1983, S. 5; *Díez-Picazo/Gullón*, Sistema de Derecho Civil, II, S. 172; ebenso *Albaladejo*, Derecho civil, III, Teil 2, 2002, S. 221; *Ferrandis Vilella*, ADC 1960, S. 37 f.

⁶ *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 62.

⁷ Vgl. vor allem *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 62; ähnlich *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1040.

⁸ Trotz des historischen Streits um die Frage, ob bei der Hypothek ein dingliches Recht besteht, kann die "Dinglichkeit" dieser Sicherheit nicht verneint werden, was die gesetzlichen Normen Art. 2, 104 LH und Art. 1876 CC belegen. Nach der Definition von *Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill*, Derecho hipotecario, Bd. IV-1, S. 202, ist die Hypothek demnach ein „*derecho real de vinculación y realización del valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos, enajenables y que permanecen en la posesión del propietario*“; in diesem Sinne auch *Gordillo Cañas*, Hipoteca, Enciclopedia Jurídica Básica, Bd. II, S. 3313 ff.; *Ballarín Hernández*, La hipoteca (Génesis de su estructura y función), S. 283 ff. Eine zusammenfassende Darstellung der Theorien zur Hypothek findet sich bei *Vallet de Goytisolo*, in: Estudios sobre garantías reales, S. 11 ff. Ein dingliches Recht bei Hypothek und Pfandrecht bejahend auch *Albaladejo*, Derecho civil, III, Teil 2, 2002, S. 224; *Guilarte Zapatero*, Comentarios, XXIII, S. 570, 601; *Castan Tobeñas*, Derecho civil, II, Bd. 2, 1995, S. 443.

⁹ Vgl. *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 63.

¹⁰ Allerdings gibt es unterschiedliche Gestaltungen, da zumindest in begrenzter Form bestimmte Rechtsgeschäfte möglich sind, die ausschließlich die dingliche Sicherheit belasten, wie die Verzichtserklärung, bei der das Forderungsrecht bestehen bleibt (Art. 6 Abs. 3 CC) oder die Rangänderung (Art. 241 RH), *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1040.

Folge der Existenz des dinglichen Rechts¹¹, sondern Folge des Vorzugsrechts. Dessen Wirksamkeit wird wiederum durch das dingliche Recht geschützt¹².

Der Gläubiger einer dinglichen Sicherheit ist daher doppelt berechtigt. Zum einen wird ihm eine Berechtigung aus dem Forderungsrecht zuteil. Aus dieser ergeben sich eine Reihe von Befugnissen und Handlungsmöglichkeiten, die von der Bestellung einer dinglichen Sicherheit nicht berührt werden (Art. 105 LC). Zum anderen erhält der Gläubiger eine Berechtigung aus dem dinglichen Recht, durch das bestimmte Sachen besonders mit der Erfüllung der Verpflichtung belastet werden – unabhängig von den Besitzverhältnissen an der Sache (Art. 104 LC, Art. 16 LHM). Der Gläubiger kann daher eine persönliche Klage aufgrund der Forderung oder eine dingliche Klage aufgrund des dinglichen Rechts erheben (Art. 579 LEC¹³). Angesichts der doppelten Berechtigung des Gläubigers tritt abwechselnd die „persönliche Haftung“ des Schuldners (Art. 1911 CC) und die sogenannte „dingliche Haftung“ ein. Mit letzterer ist die Belastung der Sache gemeint, die durch die Bestellung der dinglichen Sicherheit eintritt¹⁴. Unter bestimmten Voraussetzungen sind die persönliche und die dingliche Haftung voneinander getrennt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die belasteten Sachen ohne Übernahme der gesicherten Verbindlichkeit auf den Erwerber übertragen werden (Art. 1205 CC, Art. 118 Abs. 1 *Ley Hipotecaria* - LH) oder wenn die Sicherheit auf Sachen ruht, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören (Art. 1857 Abs. 2 CC). Eine dingliche Sicherheit besteht nicht in einem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern räumt ihrem Inhaber eine direkte und unmittelbare Befugnis an der Sache ein. Die Begründung einer dinglichen Sicherheit setzt wie die eines jeden anderen beschränkt dinglichen Rechts eine Ausgliederung der Befugnisse voraus, die den normalen Inhalt des Eigentumsrechts darstellen. Sind die Voraussetzungen für die Errichtung der dinglichen Sicherheit und

¹¹ Für die Mehrheit der spanischen Lehre ist das Vorzugsrecht der dinglichen Sicherheiten trotzdem nichts weiter als ein bloßer Reflex der Existenz eines dinglichen Rechts. So unterstreicht *Rigaud*, *El derecho real*, 1928, S.88, dass die natürliche Eigenschaft eines dinglichen Rechts die Bevorzugung gegenüber allen Personen ist, die ein Forderungsrecht innehaben oder allen, die über ein späteres dingliches Recht verfügen; *Vallet de Goytisolo*, *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, 1962, S. 147; *García García*, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Bd. II, S. 552 ff.; *Valpuesta Fernández*, *Privilegio*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Bd. II, S. 5126; ähnlich auch *Lalaguna Domínguez*, *RDN* 1974, S. 109 ff., 131 f.; *ders.*, in: *Nieto Carol*, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Bd. II.2, S. 19 ff. und S. 40, der davon ausgeht, dass sich das hypothekarische Vorzugsrecht aus der Existenz des dinglichen Rechts ableitet.

¹² In der spanischen Lehre zum dinglichen Recht und Vorzugsrecht: *López Alarcón*, *El derecho de preferencia*, S. 67. Auch *Lacruz Berdejo*, in: *Estudios de Derecho privado, común, y foral*, Bd. II, S. 247 ff., 251, unterscheidet zwischen dem Vorzugsrecht und dem dinglichen Recht. Zweifelhaft erscheint, ob das Vorzugsrecht ein „*complemento del derecho real*“ ist, wie dies von *Guilarte Zapatero*, *Comentarios*, XXIII, S. 453 vertreten wird, da das dingliche Recht vielmehr eine Ergänzung des Vorzugsrechts sein dürfte, so *Garrido*, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 65.

¹³ RDGRN vom 10.12.1997.

¹⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Royo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1040.

für deren Einwendbarkeit gegenüber Dritten gegeben, wird die Wirksamkeit der dinglichen Sicherheit nicht durch spätere dispositive Rechtsgeschäfte des Eigentümers berührt¹⁵.

3. Einschränkungen im Konkurs

Diesem begrifflichen Konzept folgend, könnte zunächst angenommen werden, dass die Konkursöffnung dem Gläubiger einer dinglichen Sicherheit nichts anhaben kann: Die Sache, auf der die Sicherheit lastet, wird in die Masse als belastete Sache aufgenommen, und die aus dem Eigentumsrecht fließenden Befugnisse, die den Wesensgehalt eines dinglichen Sicherungsrechts ausmachen, bleiben außerhalb der Reichweite der Gläubiger. Ebenso wäre zu vermuten, dass die im Besitz des Konkursschuldners befindlichen, aber im fremden Eigentum stehenden Sachen dem Einfluss der Gläubiger entzogen sind, weil sich die Aktivmasse nur aus Sachen und Rechten zusammensetzt, die sich zum Zeitpunkt der Konkursöffnung im Schuldnervermögen befinden und die bis zur Beendigung des Verfahrens erworben werden (Art. 76 Abs. 1 LC). Allein eine erfolgreiche Anfechtungsklage (Art. 71 LC) könnte derartige Sachen wieder dem Einfluss der Gläubiger zuführen.

Genau diese Annahmen fanden im Bereich der grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren in der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)¹⁶ ihren Niederschlag. Die Eröffnung des Verfahrens berührt dort nicht das dingliche Recht eines Gläubigers oder eines Dritten an körperlichen oder unkörperlichen, beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen des Schuldners, die sich auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates befinden (Art. 5 EuInsVO).

Der spanische Gesetzgeber hat sich hingegen nach Abwägung aller im Konkurs aufeinander treffenden Interessen für die Schaffung eines Systems entschieden, das für die Ausübung dinglicher Sicherungsrechte nach der Konkursöffnung gewisse Einschränkungen vorsieht. Am auffälligsten ist hierbei die zeitliche Aussetzung der Vollstreckung von Sicherheiten, die auf Sachen lasten, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen (Art. 56 Abs. 1 LC)¹⁷. Im Folgenden soll vor allem diese Vorschrift näher beleuchtet werden.

¹⁵ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1040.

¹⁶ Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, am 31.5.2002 in Kraft getreten.

¹⁷ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1041.

II. Begriff der „dinglichen Sicherheit“ im Konkursgesetz

1. Keine gesetzliche Definition

Der Begriff der „dinglichen Sicherheit“ (*garantía real*) ist kein Terminus technicus innerhalb des spanischen Rechtssystems¹⁸. In den allgemeinen spanischen Gesetzestexten wird dieser Begriff nicht verwendet. Das Zivilgesetzbuch¹⁹ und das Zivilprozessgesetz²⁰ gehen lediglich auf die weiter gefasste Kategorie des „dinglichen Rechts“ oder der „dinglichen Klage“ ein²¹. Im Gegensatz dazu verwendet das Konkursgesetz den Begriff der „*garantía real*“ an mehreren Stellen²² (insbesondere in Art. 56 LC), verzichtet jedoch auf eine Definition. Dabei kommt diesem Begriff eine besondere Bedeutung im System des Konkursgesetzes zu. Denn an das Vorliegen einer dinglichen Sicherheit ist das Recht auf abgesonderte Vollstreckung geknüpft (Art. 55 Abs. 4 LC). Insofern hat der spanische Gesetzgeber im Zuge der Reformierung des Konkursrechts die Chance verpasst, für eine Klarstellung durch Einfügung einer Definition zu sorgen.

In der Lehre wird vertreten, dass die Qualifizierung als dingliche Sicherheit und die damit verbundene Zuweisung des „prozessrechtlichen Privileges“ auf abgesonderte Vollstreckung nicht allein auf die Tatsache gestützt werden können, dass es sich bei den „dinglichen Sicherheiten“ um dingliche Sachverfolgungsrechte als solche handelt. Gefordert wird vielmehr eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung²³. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Art. 1318 bis 1396 der alten LEC von 1881²⁴, Art. 98 Abs. 1 Nr. 2, 568 LEC²⁵ und die Vorschriften der Hypothekengesetzgebung (Art. 127 Abs. 7 LH²⁶, Art. 10 Abs. 2 LHMPD²⁷), die sich auf die Vollstreckung der Sicherheiten im Konkurs bezogen, durch das Konkursgesetz neu gefasst

¹⁸ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, 2004, S. 74.

¹⁹ Arts. 462, 605, 606, 507, 609, 1623, 1957, 1959, 1962, 1963 CC.

²⁰ Art 52 Abs. 1 Nr. 1 y 251 Abs. 1 Nr. 7 LEC.

²¹ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1041.

²² So in Art. 55 Abs. 4, 56, 57, 59 Abs. 1, 86 Abs. 2, 90, 92 Nr. 1-3, 97 Abs. 2, 123, 134 Abs. 2, 136, 155, 201 LC, wobei am deutlichsten noch Art. 201 LC ist, der zwischen dinglichen Sicherheiten allgemein und Eigentumsvorbehalt unterscheidet.

²³ Zum Recht auf abgesonderte Vollstreckung nach altem Recht vgl. Beltrán Sanchez, El derecho de separación en la quiebra, Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. I, S. 267 ff.; vgl. auch Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

²⁴ D.D. única Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 LEC/2000.

²⁵ D.F. tercera Abs. 3, 7 LC.

²⁶ D.F. séptima LC ändert das Hypothekengesetz zur Immobilienhypothek. Art. 127 LH regelte bislang, dass das Vollstreckungsverfahren in keinem Fall ausgesetzt wird, d.h. weder aufgrund von Anspruchserhebungen Dritter, es sei denn sie beruhten auf einem zuvor eingetragenen Titel, noch durch den Tod des Schuldners oder des Drittbesitzer, noch durch die Konkursöffnung, noch durch den Gläubigerkonkurs.

²⁷ D.F. octava Abs. 1 LC ändert das Gesetz über die Mobiliarhypothek und das besitzlose Pfandrecht (*Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento* – LHMPD).

wurden²⁸. Nunmehr richten sich die Folgen des Konkurses nach den Bestimmungen des Konkursgesetzes²⁹. Schwierigkeiten ruft diese Neuregelung bei der Bestimmung der Gläubiger hervor, denen ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung im Konkurs aufgrund einer dinglichen Sicherheit zustehen soll, da dieses prozessrechtliche Privileg der abgesonderten Befriedigung weder in der Prozessrechts- noch in der Hypothekengesetzgebung ausdrücklich aufgenommen worden ist³⁰. Dieses prozessrechtliche Privileg ist von dem besonderen Privileg in Art. 90 LC zu unterscheiden, da letzteres bei der Befriedigung in der Gesamtvollstreckung zur Anwendung kommt, die abgesonderte Befriedigung hingegen außerhalb der Gesamtvollstreckung erfolgt. Hinsichtlich Art. 90 LC ist anzumerken, dass sich die Wirkungen dieses besonderen Privileges nur auf die dort geregelten Rechtsinstitute beziehen. Der Gesetzgeber hat hierbei offen gelassen, ob die in Art. 90 LC aufgenommenen Rechtsinstitute eine „Superklasse“ dinglicher Sicherungsrechte darstellen sollen³¹.

Darum ist die „dingliche Sicherheit“ als bloße Umschreibung eines eigenen Begriffes zu verstehen, an den die konkursrechtlichen Vorschriften bestimmte Wirkungen anknüpfen. Die Gewährung eines besonderen Privileges bei der Befriedigung im Konkurs nach Art. 90 LC ist hierfür nicht ausreichend³². Auch wenn die nach Art. 90 LC besonders privilegierten Gläubiger an einigen Regelungen dinglich gesicherter Gläubiger teilhaben (etwa Art. 134 LC), bedeutet dies nicht, dass sie deshalb gleichsam im Sinne von Art. 56 LC dinglich gesichert sind.

2. Weite Auslegung der „*garantía real*“

Da der Begriff der „dinglichen Sicherheit“ („*garantía real*“) von Gesetzes wegen nicht eingeschränkt wird, ist er einer weiten Auslegung zugänglich. Man kann darunter all diejenigen Sicherheiten verstehen, die eine Sache im Vermögen des Schuldners spezifizieren, an der der Gläubiger ein Recht erlangt, seine Forderung bevorzugt zu befriedigen³³. Teilweise wird deshalb der im Konkursgesetz verwendete Begriff der „dinglichen Sicherheit“ als zu weit gefasst erachtet³⁴. Denn zum einen werden Sicherheiten als „dingliche Sicherheiten“ anerkannt, die dem Inhaber ein Sachverwertungsrecht (*derecho de realización de valor* – wie das Pfandrecht,

²⁸ Das Gesetz schafft hierbei die im Gesetzesentwurf noch enthaltene Berufung auf Art. 85 und 93 LHMPs ab, da diese Vorschriften bereits durch die *D.D.única 2.8 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, de 7 de enero* (Zivilprozessgesetz) abgeschafft wurden. Vgl. auch Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, 2003, S. 275, 306 f.

²⁹ „...lo establecido en la legislación concursal...“ (*D.F. septima und octava Abs.1 LC*).

³⁰ Herbosa Martínez, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

³¹ In diese Richtung auch Carrasco Perera, *Los derechos de garantía en la nueva Ley Concursal*, S. 74.

³² Zur alten Rechtslage vgl. Beltrán Sánchez, in: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Bd. I, S. 267 f.; Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 86.

³³ Vgl. das Konzept dinglicher Sicherheiten in diesem Kapitel A. I.2.

³⁴ Herbosa Martínez, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

die Hypothek oder die Antichrese) einräumen. Dies sind dingliche Sicherheiten im engeren Sinne, auf die sich das Gesetz kasuistisch bezieht (Art. 56 und Art. 90 LC). Zum anderen werden aber auch Sicherheiten erfasst, die bestimmte Sachen belasten und die *erga omnes* wirken und einwendbar sind³⁵. Hierzu zählen die Rechte, die ihrem Inhaber die Befugnis geben, das Eigentum oder den Besitz der belasteten Sache wiederzuerlangen (wie die auflösende Bedingung, der Eigentumsvorbehalt oder das Finanzierungsleasing). In gleicher Weise ist die Vormerkung zugunsten des Gläubigers eines Aufbaukredites (*anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario*) als „dingliche Sicherheit“ zu behandeln. Die Forderung eines solchen Gläubigers ist mit allen Wirkungen einer Hypothek ausgestattet (Art. 59 Abs. 2 LC)³⁶.

Im spanischen Recht gilt hinsichtlich der dinglichen Rechte ein System des *numerus apertus* (vgl. Art. 2 Nr. 2 a.E. LH und Art. 7 RH), so dass prinzipiell die Möglichkeit besteht, atypische dingliche Sicherheiten zu entwickeln. Derartigen gesetzlich unregulierten Figuren sind aber erhebliche Grenzen gesetzt. Unzulässig ist zum einen, auf diesem Wege das Verbot der Verfallsklausel zu umgehen (Art. 1859, 1872, 1879 y 1884 CC) und dem Gläubiger zu erlauben, sich die der Sicherheit unterliegende Sache ohne Durchführung eines gesetzlichen Vollstreckungsverfahrens oder einer Versteigerung anzueignen. Zum anderen ist die Begründung von Vorzugsrechten oder Privilegien außerhalb der konkursgesetzlich vorgegebenen Privilegien ausgeschlossen (*numerus clausus*)³⁷. Das Gesetz zählt die einzelnen Sicherheiten, die einer Forderung eine privilegierte Stellung einräumen, abschließend auf (Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC). Art. 90 Abs. 1 LC verweist hier nicht auf den Begriff der „*garantía real*“. Daher verschafft ein möglicherweise atypisches dingliches Sicherungsrecht seinem Inhaber für den Fall der Insolvenz des Schuldners kein besonderes Vorzugsrecht gegenüber den anderen Gläubigern³⁸. Somit hat die Reduzierung der Privilegien³⁹ indirekt die Einführung eines Prinzips der Tatbestandsmäßigkeit im System der dinglichen Sicherungsrechte zur Folge.

³⁵ Vgl. *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

³⁶ Voraussetzung für die Ausübung der Vormerkung ist ihre Einwendbarkeit gegenüber Dritten (Art. 606 CC und Art. 32 LH, die sich sowohl auf die „eingetragenen“ als auch auf die „vermerkten“ Berechtigungen beziehen) und dass die Forderung als privilegiert klassifiziert wird (Art. 90 Abs. 2 LC).

³⁷ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1042.

³⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1042.

³⁹ Begründung des Konkursgesetzes V. Abs. 1 und 2, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26909, 26910.

3. Dingliche Sicherheiten *ex iure crediti*

Obwohl der Gesetzgeber sich vor allem am Prinzip der Gesetzeseinheit orientieren wollte⁴⁰, musste er auf gewisse Besonderheiten Rücksicht nehmen.

Nach den besonderen Vorschriften zur Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten hängt das Ruhen bzw. die Aussetzung einer Einzelzwangsvollstreckung davon ab, ob die belastete Sache der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners unterliegt (Art. 56 LC). Diese besonderen Vollstreckungsvorschriften (Art. 56 und 57 LC) sind vor allem für Sachverwertungsrechte konzipiert, weshalb deren Anwendung auf die übrigen Formen dinglicher Sicherheiten eine entsprechende Anpassung erfordert⁴¹. Zu diesen dinglichen Sicherheiten *ex iure crediti* gehören insbesondere die vertragliche Hypothek (*hipoteca*)⁴², die Immobilier- oder Mobiliarhypothek, und das Pfandrecht (*prenda*) mit oder ohne Besitz⁴³.

Eine wichtige Besonderheit existiert zudem bei Sicherheiten an Schiffen und Flugzeugen. Derartig gesicherte Forderungsinhaber können die Sache von der Aktivmasse des Konkurses absondern und hierbei gemäß den spezialgesetzlich geregelten Verfahren vorgehen, wobei ein verbleibender Überschuss der Aktivmasse zuzuführen ist (Art. 76 Abs. 3 LC)⁴⁴. Diese Forde-

⁴⁰ Begründung des Konkursgesetzes II. Abs. 1, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906.

⁴¹ Vgl. hierzu *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1042. A.A. wohl *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), v. 8.4.2004, S. 1, 5, die die Ausdehnung auf alle in Art. 90 LC genannten Sicherheiten einschränken will und hierfür Art. 89 LC heranzieht. Die Verleihung eines Privilegs in Art. 90 Abs. 1 LC reiche nicht für eine weite Auslegung der für die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten eigens vorgesehenen Vorschriften. Vielmehr sei stets zwischen dem Vorzugsrecht bei der Auszahlung der Forderungen und dem prozessualen Privileg auf abgesonderte Vollstreckung im Konkurs zu differenzieren. Das Konkursgesetz unterscheide selbst genau zwischen diesen beiden Aspekten (Art. 55 Abs. 1 S. 2, Art. 56 LC bzw. Art. 90 LC). Die neue Regelung weiche somit von früheren Reformvorschlägen ab, in denen das Recht auf abgesonderte Vollstreckung der Vollstreckung der Forderungen mit besonderem Privileg folgte (Art. 165 Nr. 3, Art. 287 ALC/1983; Art. 67, 124 ALC/1995).

⁴² Fraglich ist, ob hiervon ebenso die stillschweigende (*tácita*) oder geheime (*oculta*) gesetzliche Hypothek erfasst ist. Zum Teil wird vertreten, dass sie aufgrund des Gesetzeswortlauts das Privileg auf abgesonderte Vollstreckung nicht innehaben. Die Nennung in Art. 90 Abs. 1 und 2 LC helfe hier nicht weiter. Nur der Verwaltungszwang zugunsten der Staatsfinanzen genieße ein Recht auf abgetrennte Vollstreckung (Art. 55 Abs. 1 Nr. 2 LC). So *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), v. 8.4.2004, S. 1, 5.

⁴³ Was von *Herbosa Martínez* auf die unmittelbare Präjudiz der alten Gesetzgebung, die diesen Sicherheiten ein solches Recht zuerkannte, und auf die Ratio der Reform zurückgeführt wird, in: Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

⁴⁴ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1461. Obwohl das Gesetz davon spricht, handelt es sich nicht um ein Aussonderungsrecht von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, *Arias Varona*, El derecho de separación en la quiebra, sondern um ein echtes prozessuales Privileg auf abgesonderte Vollstreckung. Eine etwas andere Ansicht vertritt *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, S. 109, der in Art. 76 Abs. 3 LC das gleiche Recht auf abgesonderte Befriedigung sieht wie das der Gläubiger, deren dingliche Sicherheiten auf nicht betroffenen Sachen ruhen. Ihnen wurde ein besonderes Privileg i.S.v. Art. 90 LC nicht zuerkannt, weil sie über der Regelung der besonderen Privilegien des Art. 90 LC stehen und weil sie der Vorrangregelung des Art. 155 Abs. 3 S. 3 LC nicht unterworfen sind und damit absoluten Vorrang genießen, so *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, S. 107.

rungen sind somit nicht den allgemeinen im Gesetz geregelten Beschränkungen unterworfen. Hierdurch wird der kurzen Zeitspanne bis zu ihrem Verfall Rechnung getragen⁴⁵.

4. Dingliche Sicherheiten *ex iure domini*

Art. 56 LC erfasst aber auch dingliche Sicherheiten *ex iure domini*. Mit der Formulierung „Gläubiger einer dinglichen Sicherheit an Sachen des Konkursschuldners“ (Art. 56 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 und 4 LC) dehnt Art. 56 LC die Regelung auf Klagen zur Wiedererlangung bestimmter Sachen aufgrund Rechtsinhaberschaft aus (Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC)⁴⁶. Es können keine neuen Klagen zur Wiedererlangung der Sachen erhoben werden und anhängige Klagen müssen ausgesetzt werden, wenn es sich um Sachen handelt, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners oder eine in seiner Berechtigung stehende Produktionseinheit betreffen. Dies dient dem Erhalt der Konkursmasse.

Art. 56 LC erfasst Klagen zur Wiedererlangung von Sachen, die aufgrund eines im Mobiliarregister (*Registro de Bienes Muebles*)⁴⁷ eingetragenen Vertrages unter Eigentumsvorbehalt nach dem Abzahlungsgesetz (*Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*⁴⁸ – LVPBM)⁴⁹ verkauft worden sind⁵⁰, oder die aufgrund eines Finanzierungsleasings übergeben worden sind⁵¹. Dies muss entweder in einer für vollstreckbar erklärten Urkunde verbrieft oder im genannten Register eingetragen sein (Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC)⁵². Weiterhin unterliegen Art. 56 LC Klagen, die auf die Auflösung von Immobilienverkäufen wegen ausbleibender Zahlung des gestundeten Kaufpreises abzielen⁵³, „auch wenn die hierzu führenden Bedingungen aus einer aus-

⁴⁵ Auf die Probleme, die bei der Nichtausübung der Absonderung erfolgen, gehen *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 368 und *Pulgar Ezquerro*, *RDM* 2003, S. 1425, 1461. ein. Vgl. auch *D.F. novena LC*.

⁴⁶ *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5.

⁴⁷ Das Erfordernis der Eintragung ist konsequent, da bereits das LVPBM die Eintragung des im Vertrag vereinbarten Eigentumsvorbehalts bzw. Verfügungsverbots im Abzahlungsregisters vorschreibt, um diese gegenüber Dritten einwenden zu können (Art. 15 Abs. 1 LVPBM). Hierzu *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

⁴⁸ *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles*.

⁴⁹ Nach altem Recht galt Art. 16 Abs. 5 LVPBM, der den Pfandgläubigern eines im Abzahlungsregister eingetragenen Eigentumsvorbehalts in *quiebra* und *concurso de acreedores* ein dem Art. 918 CCom ähnliches Recht verlieh, was sich nicht auf Art. 908 CCom stützen ließ. Vgl. hierzu *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6. In diesem Sinne auch *Baldo del Castaño*, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudios de sus garantías*, S. 256; *Beltrán Sánchez*, *El derecho de separación en la quiebra. Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Bd. I, S. 264. Dennoch verbindet ein Teil der Lehre die Bestimmung mit dem zitierten Art. 908 CCom, vgl. etwa *Bercovitz Rodríguez-Cano*, *ADC* 1966, S. 178; *Botana Agra*, *Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra*, *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, S. 68; *Lobato García-Miján*, *La reserva de dominio en la quiebra*, S. 179 f.

⁵⁰ *Acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos*.

⁵¹ *Acciones recuperatorias de bienes cedidos en arrendamiento financiero*.

⁵² *D.A.primer* Abs. 3 LVPBM.

⁵³ *Acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado*. Nach altem Recht war die Ausübung der Nichtigkeitssklage in der *quiebra* umstritten, da diese Klage den Entzug einer Sache aus

drücklichen Eintragung im Grundbuch hervorgehen“ (Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC⁵⁴). Dieser Nebensatz soll klarstellen, dass die in Absatz 1 vorgesehene Aussetzung nicht dadurch beeinträchtigt ist, dass die Bedingung durch ihre Eintragung im Grundbuch Dritten gegenüber einwendbar ist (Art. 11 und 32 LH)⁵⁵.

Da sich Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC also auch auf dingliche Rechte *ex iure domini* bezieht, wäre es konsequent, hierin sogar ein echtes Aussonderungsrecht⁵⁶ zugunsten dieser Rechtsinhaber zu sehen (und nicht nur ein einfaches Recht auf abgesonderte Vollstreckung). Geht man von einem solchen Aussonderungsrecht aus, ist zu bemängeln, dass dieses Recht nicht bei den Vorschriften zur Bestimmung der Aktivmasse (Art. 76 ff. LC, insbesondere Art. 80 LC) geregelt worden ist. Ein einfacher Verweis auf Art. 56 LC hätte dieses Recht der Vollstreckungsaussetzung unterwerfen können für den Fall, dass die belastete Sache von der Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen ist. In Art. 56 LC hätte deshalb nur das Recht auf abgesonderte Vollstreckung⁵⁷ geregelt werden müssen, das nicht der Aussetzung unterliegt.

Der Gesetzgeber hätte die Unterschiede zwischen dinglichen Sicherheiten *ex iure domini* und *ex iure crediti* besser herausarbeiten müssen. Diese Differenzierung hätte im Gesetz einen entsprechenden Niederschlag finden müssen. Auslegungsschwierigkeiten hätten auf diesem Wege leicht vermieden werden können, was zu wesentlich mehr Rechtssicherheit beigetragen hätte.

B. Vollstreckung

In Deutschland wurde niemals ernsthaft angezweifelt, dass Gläubiger, die ein Forderungsprivileg aufgrund einer Sicherheit genießen, zur abgesonderten Befriedigung in der Insolvenz

der Masse bedeutete und das Prinzip der *par conditio creditorum* verfälschte. In diesem Sinne *Fínez Ratón*, Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales, S. 307 f.

⁵⁴ „..., aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.“

⁵⁵ *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

⁵⁶ So geht *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5, davon aus, dass parallel zum prozessrechtlichen Privileg auf abgesonderte Vollstreckung aus den dinglichen Sicherheiten (Privileg *ex iure domini*) ein echtes Aussonderungsrecht *ex iure domini* bestehe. Zum Aussonderungsrecht vgl. auch *Díez-Picazo/Ponce de León*, Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, S. 293, 295. Anderer Auffassung sind *Cerdá Albero/Sánchez Gargallo*, Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal, S. 74, die sich darauf stützen, dass in diesen Fällen nicht aus einer dinglichen Sicherheit vollstreckt wird, sondern auf Herausgabe geklagt wird, was der *separatio ex iure domini* entspricht. Noch anders sieht dies wiederum *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 184, die die gesetzliche Behandlung dieser Klagen als treffend erachtet, da die Klagen als Sicherheiten für das Eigentum an den Sachen fungierten.

⁵⁷ *Cerdá Albero/Sancho Gargallo*, Quiebras y suspensiones de pago: claves para la reforma concursal, S. 74; *Oria Fernández de Muniain*, La Ley, 1997-III, S. 1704, 1705.

berechtigt sind. Der Streit kreiste vielmehr um andere Probleme⁵⁸. Abgesehen von den Auslegungsproblemen der Art. 9, 11, 15, 17, 22 LSP bzw. Art. 878, 913 CCom, konzentrierten sich in Spanien die Diskussionen, wie Sicherungsrechte im Konkurs zu behandeln sind, vor allem auf drei Fragestellungen. Einmal ging es um die Grenzen des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung aus den Sicherheiten und deren angemessene Berücksichtigung in der Gesetzesreform. Daneben wurde die Einwendbarkeit von Konkursvergleichen gegenüber bestimmten Gläubigergruppen diskutiert. Äußerst strittig war zudem die Reichweite der absoluten Rückwirkung des Konkurses in Bezug auf die Nichtigkeit von Hypotheken, die bereits vor der Konkurseröffnung bestellt und eingetragen worden waren⁵⁹. Durch die Reform wurden diese Probleme nur teilweise gelöst. Was die Frage der Berücksichtigung des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten anbelangt, kam es sogar zu einer Verkomplizierung der Rechtslage. Hierauf wird im Folgenden eingegangen.

I. Grundsatz – Ruhen der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten

Eine der wichtigsten Neuheiten der Insolvenzrechtsreform ist deshalb – wie auch der Gesetzgeber betont⁶⁰ – die besondere Behandlung der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten in Sachen des Konkurschuldners. Nach der alten Rechtslage genossen Inhaber dinglicher Sicherheiten in der Insolvenz des Schuldners ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung⁶¹. Sie konnten außerhalb der Gesamtvollstreckung aus ihren Sicherheiten vorgehen, wenngleich das Recht der Massegläubiger auf einen etwaigen Überschuss unberührt blieb⁶².

In Verbindung mit der Grundregel, Vollstreckungsverfahren ab der Konkurseröffnung auszusetzen (Art. 55 LC), ist neu, dass auch dingliche Sicherheiten nunmehr einer Aussetzung unterworfen sind (Art. 56 LC). Art. 55 Abs. 4 LC nimmt von dieser Regel zwar ausdrücklich Gläubiger dinglicher Sicherheiten aus, verweist aber auf die für sie zugeschnittenen Art. 56 und 57 LC, die die Aussetzung von Vollstreckungsverfahren in dingliche Sicherheiten speziell regeln. Die Vollstreckungsaussetzung erstreckt sich nicht auf alle Gläubiger, sondern nur auf solche, deren Sicherheiten auf Sachen des Konkurschuldners lasten, die die berufliche

⁵⁸ Wie etwa um den Problemkreis der Mobiliarsicherheiten. Vgl. etwa *Dorndorff/Frank*, ZIP 1985, S. 66, 68.

⁵⁹ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 42.

⁶⁰ Begründung des Konkursgesetzes III., B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich im 1. Kapitel B.I.

⁶² Dies ließ sich Art. 127 Abs. 7 LH, Art. 10 Abs. 2 LHMPD, Art. 98 Abs. 1.1, Art. 568 LEC/2000 sowie Art. 166, 1173 Abs. 3, 1234 und 1379 LEC/1881 entnehmen.

oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners oder eine seiner Produktionseinheiten betreffen (Art. 56 Abs. 1 LC)⁶³.

Der spanische Gesetzgeber führt aus, dass die Eigenart des dinglichen Rechts dadurch respektiert werde, dass dem gesicherten Gläubiger bei der Befriedigung ein besonderes Vorzugsrecht an der Sache eingeräumt werde. Mithilfe des neuen Konkursgesetzes sollen Wege aus der Insolvenz gefunden werden, die weder die besondere Natur des dinglichen Rechts noch den Kreditmarkt beeinträchtigen⁶⁴. Den Gründen des Konkursgesetzes ist ferner zu entnehmen⁶⁵, dass die abgesonderte Vollstreckung aus den dinglichen Sicherheiten weder den geordneten Ablauf des Konkursverfahrens stören noch die Zahlungen behindern soll, die im Interesse der Gläubiger und der Konkursmasse getätigt werden. Diese beiden Ziele sollen durch eine zeitlich begrenzte Aussetzung der Vollstreckungen erreicht werden. Diese dauere solange an, bis ein Vergleich gefunden oder die Liquidation eröffnet worden ist – längstens jedoch ein Jahr ab Konkurseröffnung. Der Gesetzgeber rechtfertigt diese obligatorische, aber beschränkte Wartezeit für die Inhaber dinglicher Sicherheiten damit⁶⁶, dass im Konkurs alle Beteiligten ein Opfer erbringen müssen, um eine praktikable Lösung zu finden (Prinzip der Gläubigergleichbehandlung)⁶⁷.

In den Fällen, in denen in Sachen vollstreckt wird, die vom Produktionsverfahren betroffen sind und die eine Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit ermöglichen, erscheint die Vollstreckungsaussetzung gerechtfertigt. Denn das Bestreben, ein insolventes Unternehmen möglichst zu erhalten, ist ein wesentliches Ziel des Konkurses. Die betroffenen Gläubiger befinden sich in einer Art „Opfergemeinschaft“⁶⁸. Erfolgt die Vollstreckung dagegen in Sachen, die dieses Merkmal nicht erfüllen, entfällt der Grund für die Aussetzung dieser Voll-

⁶³ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1448 f.

⁶⁴ *“Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso”*. So in der Begründung des Konkursgesetzes III., B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁶⁵ Begründung des Konkursgesetzes III. Abs. 8, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908: *“Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva”*.

⁶⁶ Begründung des Konkursgesetzes III., B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

⁶⁷ Begründung des Konkursgesetzes III. Abs. 8, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908: *“La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso...”* *“Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia”*.

⁶⁸ So (*“comunidad de sacrificios”*) formuliert dies Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1449.

streckungsverfahren⁶⁹. Die eingeführte Beschränkung des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung erfasst darum nur solche Vollstreckungen, die in Sachen des Konkursschuldners erfolgen, die „seine berufliche oder unternehmerische Tätigkeit oder eine in seiner Berechtigung stehende Produktionseinheit betreffen“⁷⁰ (Art. 56, 57 LC). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die anderen Sachen des Konkursschuldners hiervon nicht erfasst sind, worauf im Folgenden noch genauer eingegangen wird⁷¹. Tatsächlich behält das neue Konkursgesetz daher das Recht auf abgesonderte Vollstreckung für die Inhaber dinglicher Sicherheiten bei, auch wenn dieses Recht bei Sachen, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen, bestimmten Beschränkungen unterworfen ist⁷². Die in den Gründen des Konkursgesetzes niedergelegten Prinzipien werden daher nur für die zuletzt genannte Kategorie von Sachen des Konkursschuldners herangezogen. Diese Prinzipien sehen die Einschränkung des prozessrechtlichen Privilegs auf abgesonderte Vollstreckung vor. Denn einerseits soll eine wegen der Nähe zum Konkurs auftretende Beschleunigung der Vollstreckungen aus den Sicherheiten verhindert werden. Andererseits soll die Möglichkeit, das Unternehmen fortzuführen, nicht vereitelt werden⁷³. In der Begründung des Konkursgesetzes (*Exposición de Motivos*)⁷⁴ wird deshalb davon ausgegangen, dass Inhaber dinglicher Sicherheiten ihr Recht auf abgesonderte Befriedigung an Sachen des Konkursschuldners behalten, auch wenn dieses Recht gewissen Beschränkungen unterliegt. Hiervon ausgenommen ist die Situation der Gläubiger, deren Forderungen ein Privileg an Schiffen oder Flugzeugen genießen. Die abgesonder-

⁶⁹ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1449.

⁷⁰ Art. 56 LC: „...afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad...“.

⁷¹ Vgl. hierzu in diesem Kapitel B.II.2.

⁷² Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5. Das Gesetz nimmt hierbei eine Zwischenposition im Vergleich zu den beiden vorangegangenen Gesetzesentwürfen ein. Die Gesetzesentwürfe von 1983 und 1995 sahen vor, dass nach der Konkurseröffnung keinerlei Vollstreckungen mehr eingeleitet werden konnten (jeweils Art. 162 und Art. 61, 65) und anhängige Vollstreckungen bis zum Eintritt bestimmter Umstände ausgesetzt wurden (jeweils Art. 165.3 und Art. 67). Der Gesetzentwurf von 1959 behielt hingegen das Recht auf abgesonderte Vollstreckung für dinglich gesicherte Forderungen bei, worunter ausdrücklich Forderungen fielen, die durch Hypothek, Antichrese, eingetragenem Aufbaukredit (*refaccionario*) oder Pfandrecht abgesichert waren. Die Vollstreckung hatte außerhalb des Konkursverfahrens und gemäß den jeweiligen Spezialvorschriften zu erfolgen (Art. 19, 92).

⁷³ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 5; Cerdá Albero/Sancho Gargallo, Quiebras y suspensiones de pago: claves para la reforma concursal, S. 74. Andere Autoren erkennen die exzessive Ausweitung des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung aus Sicherheiten, insbesondere aus der Hypothek an, schlagen aber eine Differenzierung zwischen den verschiedenen von der Rechtsordnung gegebenen prozessualen Möglichkeiten zur Vollstreckung vor, wie auch die Aufhebung des automatischen Fälligwerdens der gesicherten Forderungen durch die Konkurseröffnung. Vgl. etwa Cortés, in: Estudios en homenaje al profesor A. Menéndez, Bd. III, S. 3513 ff.; Oria Fernández de Muniain, La Ley, 1997-III, S. 1704, 1705.

⁷⁴ Begründung des Konkursgesetzes III. Abs. 8, BOE Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

te Vollstreckung ist ihnen weiterhin uneingeschränkt möglich (Art. 76 Abs. 3 LC), wobei etwaige bei der Vollstreckung erzielte Überschüsse der Konkursmasse zuzuführen sind⁷⁵.

Das Ruhen der Vollstreckung bedeutet, dass keine neuen Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden können und die laufenden Verfahren ausgesetzt werden. Die sich hieraus ergebenden Nachteile werden nur zum Teil kompensiert – zum einen durch die absolute Bevorzugung bei der Befriedigung (die Befriedigung erfolgt noch vor den nach altem Recht vorrangigen Forderungen, wie Lohn- und Masseforderungen) und zum anderen durch den fortgeführten Zinslauf, der im Umfang der jeweiligen Sicherheit privilegiert ist⁷⁶.

Aufgrund des einheitlichen Konkursverfahrens wird die Vollstreckung grundsätzlich ausgesetzt und zwar unabhängig davon, ob ein Vergleich erzielt oder die Liquidation durchgeführt wird⁷⁷. Die Aussetzung der Vollstreckung ist keine vom Konkursrichter zu ergreifende vorbeugende Maßnahme, sondern eine Rechtswirkung der Konkursöffnung. Alle juristischen Organe, vor denen eine Vollstreckung betrieben wird, haben diese Wirkung zu beachten. Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit des Konkursrichters, vor der Eröffnung eine Vollstreckungsaussetzung als vorläufige Maßnahmen anzuordnen. Dies erscheint in solchen Fällen ratsam, in denen zwischen Konkursantrag und -eröffnung eine gewisse Zeitspanne liegt (Art. 17, 226 Abs. 2 Nr. 1 LC).

Unterschieden werden kann deshalb zwischen Sachen, die für einen kaufmännischen Schuldner von größerem Wert sind, und Sachen, die einem Gläubiger mehr Anreiz für eine Sicherheit bieten. Sachen, die einen besonderen Wert für das Unternehmen haben und als Sicherheit dienen, können die Ernsthaftigkeit des Erfüllungsversprechens des Schuldners absichern. Sie dürfen aber nicht von den Gläubigern bevorzugt werden, da sie im Konkursfall der Vollstreckungsaussetzung unterliegen⁷⁸.

⁷⁵ Kritisch anzumerken ist, dass Art. 76 Abs. 3 LC, der den derart gesicherten Gläubigern ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung gewährt, bei den Vorschriften zur Bestimmung der Aktivmasse des Konkurses geregelt ist. Das Recht zur abgesonderten Realisierung dieser Sachen entsprechend ihrer eigenen speziellen Gesetzgebung wird von Art. 76 Abs. 3 LC als „Absonderungsrecht“ qualifiziert. In diesem Sinne *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho concursal*, S. 368; *dies.*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, S. 186; *Beltrán Sánchez*, in: ebenda, S. 167; *Pulgar Ezquerro*, *AJA*, v. 24.10.2002, S. 1 ff.

⁷⁶ *Curiel Lorente*, *RCDI* 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734.

⁷⁷ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 69. Zur Rechtfertigung und zu den Vorteilen einer Vollstreckungsaussetzung dinglicher Sicherheiten vgl. insbesondere *Garrido*, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 635-642. Nach *Pulgar Ezquerro*, *AC* 2002, S. 669, sei die Vorschrift mit dem überwiegend erhaltenen Zweck des Konkursverfahrens zu rechtfertigen.

⁷⁸ Vgl. *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 70.

II. Recht auf abgesonderte Vollstreckung und seine Beschränkung

1. Keine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung

Hinsichtlich des Rechts auf abgesonderte Befriedigung ergibt sich eine paradoxe Situation. In Art. 56 LC könnte zwar eine besondere Vorschrift für die abgesonderte Vollstreckung gesehen werden, die sich von der allgemeinen Vollstreckungsregel unterscheidet. Es fehlt aber eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung, dass dingliche Sicherungsrechte, die der Beschränkung in Art. 56 LC nicht unterliegen, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung außerhalb des Konkurses gewähren. Allein durch Auslegung könnte man ein solches Recht in Art. 56 LC hineininterpretieren. Dies wird zum Teil als Trugschluss empfunden, da die einzige Norm, die früher ein Recht auf abgesonderte Befriedigung einräumte, Art. 918 CCom war. Dieser gewährte ein Absonderungsrecht für das Pfandrecht⁷⁹. Später wurde diese Regelung in der LEC verallgemeinert. Allerdings wurden die entsprechenden Normen der LEC von der LC abgeschafft bzw. modifiziert⁸⁰. Dementsprechend hätte eine bloße Abschaffung der Art. 918 CCom, Art. 98, 568 LEC ausgereicht, um allen dinglichen Sicherheiten das Recht auf eine abgesonderte Befriedigung zu entziehen. Das Nichtvorhandensein des Art. 56 LC hätte ihnen statt eines besseren, nur einen schlechteren Status verschafft. Denn die derart gesicherten Forderungen würden letztlich der allgemeinen Regelung des Art. 55 LC unterliegen, gegebenenfalls mit dem Vorteil einer besonderen Privilegierung bei der Liquidation und Gesamtvollstreckung des Vermögens des Konkurschuldners.

Das Problem ist von praktischer Bedeutung. Denn die nach Art. 56 LC auszusetzenden Vollstreckungen erfassen nur bestimmte Sachen. Was aber geschieht mit Vollstreckungen aus dinglichen Sicherheiten, die in andere Sachen erfolgen?

2. Auslegung von Art. 56 LC

Wie Art. 56 LC in dieser Hinsicht auszulegen ist, kann anhand seiner „Vorgänger“ (vormals Art. 55 statt Art. 56) der Gesetzesentwürfe von 2001 (*Anteproyecto de Ley Concursal*) und von 2002 (*Proyecto de Ley Concursal*) beantwortet werden.

a) Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2001 (*Anteproyecto de Ley Concursal*)

In seiner ursprünglichen Fassung unterschied Art. 55 des Gesetzesentwurfs aus dem Jahr 2001

⁷⁹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 74.

⁸⁰ Art. 98 und 568 LEC wurden durch die *D.F. tercera* Abs. 3 und 7 LC bzw. durch die *D.D. única* Abs. 3 Nr. 11 LC geändert.

(*Anteproyecto de Ley Concursal* – ALC 2001)⁸¹ zwischen drei Konstellationen. Differenziert wurde danach, ob die Verfahren bereits vor Konkurseröffnung aufgenommen worden waren oder nicht. Bei Aufnahme vor Konkurseröffnung wurde weiterhin danach unterschieden, ob Sachen betroffen waren, die die unternehmerische Tätigkeit des Konkurschuldners erfassten oder nicht.

(1) Erste Konstellation: Verfahrenseröffnung nach Konkurseröffnung

Ab Konkurseröffnung war die Einleitung aller Vollstreckungsverfahren untersagt. Dieses Vollstreckungsverbot war zeitlich begrenzt. Es galt ab Konkurseröffnung bis zum Erreichen eines Vergleichs, dessen Inhalt die Sicherheiten nicht betreffen würde, bzw. bis zum Ablauf eines Jahres ab Konkurseröffnung, ohne dass die Liquidation eröffnet worden war. Das Verbot galt hierbei unabhängig davon, in welche Art von Sachen vollstreckt wurde (Art. 55 Abs. 1 ALC).

(2) Zweite und dritte Konstellation: Verfahrenseröffnung vor Konkurseröffnung

Die zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits aufgenommenen Verfahren unterlagen derselben Beschränkung, wenn die Vollstreckung Sachen erfasste, die das Produktionsverfahren (*proceso productivo*) des Konkurschuldners betrafen, bis die oben genannten Fristen abgelaufen waren (Art. 55 Abs. 2 ALC). Sollte die Vollstreckung in andere Sachen erfolgen, wurde das Verfahren nur bis zur Verwertung der Sachen betrieben, das weitere Verfahren aber entsprechend der Fristen in Abs. 1 ausgesetzt (Art. 55 Abs. 5 ALC).

(3) Schlussfolgerung

Das ALC 2001 favorisierte also eine schärfere Behandlung der neuen Vollstreckungsverfahren. Gläubiger, die ihre Sicherheiten nach der Konkurseröffnung zu vollstrecken gedachten, sollten gegenüber denjenigen, die dies bereits im Moment der Konkurseröffnung getan hatten, Einschränkungen erfahren. Bereits aufgenommene Vollstreckungsverfahren in Sachen, die das Produktionsverfahren nicht betrafen, wurden fortgesetzt, „bis die Verwertung der Sachen stattgefunden hat“⁸² (Art. 55 Abs. 5 ALC). Waren die Verstei-

⁸¹ In der jetzigen Fassung des Konkursgesetzes handelt es sich um Art. 56. Fast alle Artikel der LC haben sich durch das Gesetzgebungsverfahren im Vergleich zu den Entwürfen um eine Zahl nach hinten verschoben.

⁸² „...hasta que tenga lugar la realización de los bienes...“, so Art. 55 Abs. 5 ALC.

gerungsanzeigen zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits veröffentlicht worden, konnte das Vollstreckungsverfahren sogar bis zur Erlösverteilung fortgeführt werden⁸³.

Hinsichtlich nicht betroffener Sachen war in der Lehre die Auslegung von Art. 55 Abs. 5 ALC umstritten. Einerseits wurde vertreten, dass die bereits laufenden Verfahren lediglich bis zu Beginn der Verwertungsphase fortzusetzen wären. Andererseits wurde angenommen, dass das laufende Verfahren fortgesetzt werden müsse, bis die Verwertung der Sachen beendet sei⁸⁴. Folgt man dem Wortlaut der Vorschrift, ist die zweite Auslegung zu befürworten. Waren die Sachen einmal verwertet, blieb allerdings die Verteilung des erzielten Erlöses solange in der Schwebe, bis ein Vergleich erzielt wurde oder ein Jahr seit der Konkurseröffnung vergangen war, ohne dass in dieser Zeit die Liquidation eröffnet wurde⁸⁵.

Das in der Lehre diskutierte Motiv der Vorschrift des Art. 55 Abs. 5 ALC war in dem Bedürfnis zu suchen, ein Gleichgewicht zwischen den aufeinander treffenden Interessen herzustellen. Handelte es sich nämlich nicht um Sachen, die das Produktionsverfahren des Konkurschuldners betrafen, von denen die Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit abhing, gab es keinen Grund zur Aussetzung der Vollstreckungen. Schließlich waren die Interessen des Konkurses gewahrt, wenn die Verteilung des in der Verwertung Erzielten in der Schwebe blieb, bis das Eintreten der gesetzlichen Voraussetzungen nachgewiesen war. Somit konnte eine Lösung zum Erhalt des Unternehmens gefunden werden⁸⁶, während die Rechtsinhaber der Sicherheiten ihre Forderungen nicht einziehen konnten. Das Schuldnervermögen blieb unangetastet.

⁸³ Damit weicht der Inhalt der Vorschrift des ALC von der Darstellung in den Gründen des Gesetzesentwurfs (*Exposición de Motivos*) ab, wenn dort behauptet wird, dass „*salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que se reanudarán los plazos señalados*“. Diese fehlende Übereinstimmung lässt sich darauf zurückführen, dass dieser Absatz der Vorschrift erst in der letzten Version des Gesetzesentwurfs von 2001 aufgenommen wurde, aber nicht in dem ursprünglichen Text der Kommission enthalten war, so dass dies zweifelsohne keine Berücksichtigung bei der Überarbeitung der Gründe fand. Vgl. *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6; *Pulgar Ezquerro*, AC 2002-2, S. 669, 678.

⁸⁴ *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6

⁸⁵ *Mairata Laviña*, in: *Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 275, 304; *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6; *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, S. 183; *Pulgar Ezquerro*, AC 2002-2, S. 669, 678 f.; *dies.*, *AJA*, Nr. 550, v. 24.10.2002, S. 1, 7.

⁸⁶ *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6; anderer Auffassung ist *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, S. 183, die den Sinn dieses Privilegs auf abgesonderte Vollstreckung für diese Gläubiger und die Aussetzung ihrer Auszahlung erörtert. *Pulgar Ezquerro*, AC 2002-2, S. 669, 678 f.; *dies.*, *AJA*, Nr. 550, v. 24.10.2002, S. 1, 7, erachtet dagegen die Möglichkeit der Vollstreckung für begründet, nicht aber die Aussetzung der Auszahlung des bei der Verwertung Erzielten. So auch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 891.

b) Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2002 (Proyecto de Ley Concursal)

Art. 55 des *Proyecto de Ley Concursal* (PLC) regelte die Problematik wiederum etwas anders. Differenziert wurde grundsätzlich danach, ob die Sicherheiten auf Sachen ruhten, die das Produktionsverfahren des Konkursschuldners betrafen oder auf anderen sich hiervon unterscheidenden Sachen – unabhängig davon, ob es sich um neue oder laufende Vollstreckungsverfahren handelte.

Wenn die Sicherheiten auf Sachen lasteten, die „den unternehmerischen oder kommerziellen Verkehr, die berufliche, handelsrechtliche oder industrielle Tätigkeit und allgemein das Produktionsverfahren betrafen“⁸⁷, wurde die Vollstreckung ausgesetzt, solange das Eintreten bestimmter Umstände nicht belegt war (Art. 55 Abs. 1 und 2 LC)⁸⁸. Handelte es sich um hiervon nicht erfasste Sachen, wurde die Vollstreckung solange betrieben, bis die Verwertung der Sachen erfolgt war (Art. 55 Abs. 5 PLC)⁸⁹. Damit wurde die Differenzierung zwischen betroffenen und nicht betroffenen Sachen verallgemeinert. Alle in der gleichen Lage befindlichen Gläubiger wurden derselben Regel unterworfen, unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens.

Diese Gleichstellung⁹⁰ ist der Regelung im ALC 2001 vorzuziehen, da die dortige Regelung zu unerwünschten Folgen führen konnte. Für die Gläubiger bestand das Risiko, ihr Privileg auf abgesonderte Vollstreckung im Konkurs zu verlieren. Angesichts dieser Gefahr war eine Beschleunigung der Vollstreckungsverfahren zu befürchten.

⁸⁷ „...al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales, y, en general, los que estén afectos al proceso productivo...“, Art. 55 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PLC.

⁸⁸ Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, S. 275, 304; Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2732.

⁸⁹ Die in Art. 55 Abs. 5 PLC erfolgte Bezugnahme auf Abs. 2 dieser Vorschrift (statt Abs. 1 und 2) lässt vermuten, dass die dort erstellte Regel nur auf Verfahren anzuwenden ist, die zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits eingeleitet waren. Eine systematische Auslegung dieser Vorschrift führt aber dazu, die These aufzugeben, dass diese Regel bei jeder Art von Vollstreckung Anwendung findet einschließlich bei nach der Konkurseröffnung eingeleiteten Vollstreckungen. Aller Wahrscheinlichkeit nach muss die Erwähnung des Abs. 2 auf die später in Art. 55 ALC erfolgte Änderung zurückzuführen sein, in der der Verweis nur in Bezug auf den genannten Absatz Sinn macht, ohne dass die erforderliche Anpassung im Text des *Proyecto* erfolgte. So *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6. Zu Art. 55 Abs. 5 ALC auch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 891.

⁹⁰ Deutliche Worte finden *Díez-Picazo/Ponce de León*, *Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores*, S. 293, 298, die sagen, dass jene Unterscheidung die Sache komplizierter machen kann, da diejenigen Gläubiger einen Vorteil erhalten, die die Vollstreckung so schnell wie möglich betreiben. Indem ihre Schnelligkeit aber begünstigt wird, fördert dies die Entstehung von Insolvenzsituationen angesichts des Risikos, das Recht auf abgesonderte Vollstreckung zu verlieren, und begründet eine ungerechtfertigte Differenzierung zwischen Gläubigern derselben Klasse nach dem Umstand, ob die Vollstreckung bereits begonnen hatte oder nicht, was als gefährlich zu erachten ist bzw. willkürlich erscheint.

c) Wortlaut des jetzigen Konkursgesetzes

Der noch in Art. 55 des Gesetzesentwurfs von 2002 vorgesehene Abs. 5 wurde vollständig gestrichen und findet im jetzigen Wortlaut des Art. 56 LC auch keinerlei sonstige Entsprechung. Dabei war in Abs. 5 die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten geregelt, die nicht auf Sachen des Schuldners ruhten, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners oder eine in seiner Berechtigung stehende Produktionseinheit betrafen (vgl. Art. 56 LC)⁹¹. Diese Auslassung hat zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten geführt. Denn die jetzige Fassung des Konkursgesetzes schweigt sich darüber aus, was für dingliche Sicherheiten gelten soll, die genau dieser Kategorie von Sachen angehören.

Angesichts der Streichung des genannten Absatzes gibt es grundsätzlich zwei Auslegungsmöglichkeiten. Bei der ersten Auslegung⁹² wird aufgrund des Fehlens einer besonderen Vorschrift davon ausgegangen, dass die Grundregel für die Vollstreckungen in Art. 55 LC anzuwenden ist. Ab Konkurseröffnung dürften weder neue Vollstreckungsverfahren initiiert noch die bereits eingeleiteten fortgeführt werden (Art. 55 Abs. 1 und 2 LC). Dies würde aber den Verlust des Privilegs auf abgesonderte Vollstreckung bedeuten.

Nach der zweiten Auslegung⁹³ sei das Schweigen des Gesetzes so zu verstehen, dass das Recht auf abgesonderte Vollstreckung, das nicht ausgesetzt wird⁹⁴, für die Gläubiger einer dinglichen Sicherheit erhalten bleibt, wenn die Sicherheit nicht auf einer Sache im Sinne von Art. 56 LC ruht. Eine eindeutige Aussage hierzu treffen aber weder das Konkursgesetz noch die Prozessrechts- oder Hypothekengesetzgebung, die durch die Schlussbestimmungen des Konkursgesetzes neu gefasst wurden.

Sicherlich würde eine wörtliche und systematische Auslegung des Gesetzes erlauben, die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten, die auf nicht betroffenen Sachen lasten, der allgemeinen Regel für Vollstreckungen in Art. 55 LC zuzuordnen. So nimmt Art. 55 Abs. 4 LC von der in Abs. 1 und 2 enthaltenen Grundregel nur „das für die Gläubiger einer dinglichen Si-

⁹¹ Unverständlicherweise halten einige Autoren trotz der Streichung des Abs. 5 im jetzigen Gesetzestext daran fest, dass die Vollstreckung nur in dem Stadium der Verwertung der Sachen auszusetzen ist, so etwa *Vázquez Iruzubieta*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 530.

⁹² *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, Nr. 33, v. 8. bis. 14.7.2003, S. 885, 892.

⁹³ Vgl. in diesem Sinne *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7; *Mairata Laviña*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 275, 304; *Gómez Galligo*, *Concurso y Registro de la Propiedad*, *Jornadas sobre la Ley Concursal*. So versteht es auch *Alonso-Cuevillas Sayrol*, in: *Sala/Mercadal/Alonso Cuevillas*, *Nueva Ley concursal*, Art. 56, S. 310; *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1449; *Curriel Lorente*, *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*, S. 52 f.

⁹⁴ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 77. Anderer Ansicht ist *López Sánchez*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bd. II, S. 2288, der davon ausgeht, dass auch diese Vollstreckungen ausgesetzt, mit dem Konkurs verbunden und in einem getrennten Verfahren betrieben werden.

cherheit in diesem Gesetz Vorgesehene“⁹⁵ – mithin Art. 56 LC – aus. Art. 56 LC bezieht sich hinsichtlich der dinglichen Sicherheiten nur auf solche Sicherheiten, die auf Sachen des Konkursschuldners ruhen, die seine berufliche oder unternehmerische Tätigkeit betreffen, so dass sich die verbleibenden Vollstreckungen nach der Grundregel der beiden ersten Absätze von Art. 55 LC richten müssten⁹⁶.

Dennoch lässt eine teleologische Auslegung der Norm auch eine andere Lösung zu. Der Zweck des Art. 56 Abs. 1 und 2 LC ist es, die Vollstreckung zeitlich auszusetzen, wenn hiervon Sachen erfasst sind, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen, weil jene Sachen mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbunden sind und für die Fortführung des Unternehmens erforderlich sein können. Dies dient der Masseerhaltung. Nicht betroffene Sachen haben indes keinerlei Einfluss auf die Fortführbarkeit eines Unternehmens, da sie in keiner Verbindung hierzu stehen. Es macht deshalb keinen Sinn, die Vollstreckungen in nicht betroffene Sachen entsprechend der Bestimmung in Art. 55 Abs. 1 und 2 LC endgültig auszusetzen, wenn es auf diese für die Fortführung des Unternehmens gar nicht ankommt. Andernfalls würden von der schuldnerischen Tätigkeit erfasste Sachen besser behandelt werden als Sachen, die davon nicht betroffen sind. Dies ist eine Ungleichbehandlung, die der Regelungszweck des Art. 56 LC nicht erfordert.

Gleichfalls wird diese Auslegung durch die unmittelbaren Vorgänger dieser Vorschrift – die soeben dargestellten Art. 55 Abs. 5 des ALC 2001 und PLC 2002 – bestärkt. Nach den genannten Vorschriften bestand bezüglich der dinglichen Sicherheiten, die auf nicht betroffenen Sachen lasten, das Recht auf abgesonderte Vollstreckung fort, bis die Verwertung der Sachen erfolgt ist. Nur die Verteilung des in der Versteigerung erzielten Erlöses wurde ausgesetzt. Im *Informe de la Ponencia* (Gutachten des Berichterstatters des Parlaments) wurde die Streichung dieser Vollstreckungsbeschränkung (Aussetzung der Erlösverteilung) bei dinglichen Sicherheiten an Sachen, die die unternehmerische Tätigkeit des Schuldners nicht betreffen, vorgeschlagen. Dies fand auch im Gutachten des Rechtsausschusses des Parlaments Befürwortung⁹⁷. Der Gesetzgeber ist dieser Empfehlung insofern gefolgt⁹⁸, als er die Beschränkung der Erlösverteilung im jetzigen Gesetzestext (Art. 56 LC) gestrichen hat. Indem er aber den gesamten Abs. 5 herausgenommen und damit gleichsam eine Regelungslücke hin-

⁹⁵ “...lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real.”, Art. 55 Abs. 4 LC.

⁹⁶ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2732, wirft dies als Frage auf, lehnt eine solche Auslegung letztlich aber ab.

⁹⁷ *Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso*.

⁹⁸ Vgl. *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733.

sichtlich der abgesonderten Vollstreckung in nicht betroffene Sachen hinterlassen hat, hat er über das Ziel hinausgeschossen.

Nach Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten keine Grenzen setzen wollte, es sei denn sie ruhen auf Sachen, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Schuldners betreffen⁹⁹. Die zwingende Wartezeit bis zur Erlösverteilung nach Beendigung der Verwertung der Sachen sollte abgeschafft werden, ohne hierbei das Recht auf abgesonderte Vollstreckung als prozessrechtliches Privileg anzutasten. Die Streichung des Abs. 5 bedeutet, dass diese Befugnis nach jetzigem Recht ohne die in der Fassung des Art. 55 PLC 2002 und ALC 2001 vorgesehenen Beschränkungen ausgeübt werden kann. Das Konkursgesetz gesteht den Gläubigern einer dinglichen Sicherheit somit das Recht zu¹⁰⁰, eine individuelle Verwertung ihrer Sicherheit zu betreiben, was Art. 55 Abs. 4 und Art. 56 LC implizieren¹⁰¹.

Folgerichtig ist die jetzige Regelung so zu verstehen, dass eine Vollstreckung aus einer dinglichen Sicherheit an einer Sache, die die Tätigkeit des Schuldners nicht betrifft, bis zu ihrer Beendigung fortgeführt werden kann, wenn sie bereits eingeleitet worden war. Neue Vollstreckungsverfahren können in dieser Hinsicht ebenfalls aufgenommen werden. Grundsätzlich ist eine solche Vollstreckung nicht an die in einem Vergleich getroffenen Vereinbarungen gebunden. Hat der privilegierte Gläubiger jedoch für den Vergleich gestimmt oder sich diesem angeschlossen, ist eine Bindungswirkung gegeben¹⁰².

Diesen Überlegungen zufolge richtet sich die Behandlung der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten danach, ob die Sicherheit auf Sachen lastet, die die Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen oder nicht. Erfolgt die Vollstreckung aus der dinglichen Sicherheit also nicht in derart betroffene Sachen, ist eine abgesonderte Vollstreckung möglich. Diese wird bis zur Beendigung der Verwertung der Sachen fortgesetzt, ohne dass der sich anschließende Verfahrensabschnitt der Erlösverteilung ausgesetzt werden würde. Gleichwohl wäre aber eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung des prozessrechtlichen Privilegs¹⁰³ wünschenswert gewesen. Zumal Art. 98 Abs. 1 Nr. 1, 568 LEC und Art. 127 Abs. 7 LH und Art. 10 Abs. 2

⁹⁹ Im Ergebnis so auch *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 843, der sich hierbei auf *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733 bezieht.

¹⁰⁰ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1043. So auch *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 72; *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 6, die das Recht auf abgesonderte Vollstreckung entsprechend den nach altem Recht geltenden Bedingungen anwenden will.

¹⁰¹ Denn Art. 55 Abs. 1 S. 1 LC verbietet zwar ausdrücklich eine abgesonderte arbeits- und verwaltungsrechtliche Vollstreckung, nicht aber eine Vollstreckung in hypothekarisch belastete Sachen.

¹⁰² *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733.

¹⁰³ Anzweifeln *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 183.

LHMPD durch die Schlussbestimmungen des Konkursgesetzes neu gefasst wurden und nunmehr auf die Bestimmungen des Konkursgesetzes verweisen. Ebenso wäre die Regelung einer abgesonderten Vollstreckung in Fällen, in denen der Gegenstand der Sicherheit schnell an Wert verliert, denkbar gewesen.

3. Beschränkungen des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung

Die Befugnis eine abgesonderte Vollstreckung einzuleiten, ist jedoch – wie bereits angedeutet – einer Vielzahl wichtiger Beschränkungen unterworfen. Erstens liegt die Vollstreckung oder Verwertung nach den allgemeinen Bestimmungen über dingliche Sicherheiten nicht im Belieben des Gläubigers. Die Akzessorietät der dinglichen Sicherungsrechte bewirkt, dass die Forderungen nur im Falle der Nichterfüllung durch den Schuldner eingezogen werden dürfen (Art. 1872 CC für das Pfandrecht und Art. 129 LH für die Hypothek), wenn die Hauptverbindlichkeit fällig geworden ist (Art. 1858 CC)¹⁰⁴. Die Eröffnung des Konkurses führt nicht zur vorzeitigen Fälligkeit der Verpflichtungen des Konkursschuldners. Dies ist lediglich bei der Eröffnung der Liquidation der Fall (Art. 146 LC)¹⁰⁵.

Darüber hinaus bestehen besondere Einschränkungen. Die wichtigste ist die befristete Aussetzung der Ausübung von Vollstreckungsverfahren, wenn Sachen erfasst sind, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Schuldners oder eine seiner Produktionseinheit betreffen (Art. 56 Abs. 1 LC). Das Gesetz ordnet auch die Aussetzung der bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung aufgenommenen Verfahren an (Art. 56 Abs. 2 LC). Zudem ist erforderlich, dass der Konkursrichter eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufnahme oder Wiederaufnahme der Vollstreckung trifft, die der Gläubiger während des Konkursverfahrens durchzuführen beabsichtigt (Art. 57 Abs. 1 LC). Sobald die Liquidationsphase eröffnet ist, verlieren diejenigen Gläubiger das Recht auf abgesonderte Vollstreckung, die bis zur Konkurseröffnung noch keine Vollstreckung angestrengt haben (Art. 57 Abs. 3 LC). Ein Vergleich berührt die Verwertung der Sicherheit hingegen nicht, da die privilegierten Gläubiger grundsätzlich nicht daran gebunden sind (Art. 123 Abs. 2, 134 Abs. 2 LC)¹⁰⁶. Erreicht der Vergleich dennoch Bindungswirkung gegenüber einem der privilegierten Gläubiger (weil er diesem ausdrücklich zugestimmt hat), muss er die im Vergleich vereinbarten Voraussetzungen der Einforderbarkeit der Schuld beachten (Art. 136 LC).

¹⁰⁴ “una vez vencida la obligación principal”, Art. 1858 CC.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen im 5. Kapitel A.III.

¹⁰⁶ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1044.

III. Zuständigkeit

Hinsichtlich der Zuständigkeit für die abgesonderte Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten in nicht betroffene Sachen herrscht Uneinigkeit. Denn durch die Streichung von Abs. 5 in Art. 56 LC fehlt nicht nur eine allgemeine Regel für die abgesonderte Vollstreckung, sondern auch eine Zuständigkeitsregelung. Das Gesetz enthält nur für die nach Art. 56 LC während des Konkursverfahrens begonnenen oder wieder aufgenommenen Vollstreckungsverfahren eine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung (Art. 57 Abs. 1 LC), die dem Konkursrichter die Zuständigkeit aufgrund der *vis atractiva* zuweist¹⁰⁷. Im Vergleich zum alten Recht ist dies neu¹⁰⁸.

Einer Ansicht nach soll die abgesonderte Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten vor den ordentlichen Gerichten betrieben werden, wie auch die verwaltungs- und arbeitsrechtlichen Vollstreckungen, auf die sich Art. 55 Abs. 1 S. 2 LC bezieht¹⁰⁹. Dies sei Art. 57 LC zu entnehmen. Nach dessen Wortlaut sind nur solche Vollstreckungen vor dem Konkursrichter gemäß Art. 56 LC einzuleiten oder wieder aufzunehmen, die als Folge der Konkurseröffnung ausgesetzt wurden. Sie werden dann mit dem Gesamtvollstreckungsverfahren verbunden und in einem getrennten Verfahren betrieben¹¹⁰. Hieraus ergebe sich, dass von der Zuständigkeitsregel in Art. 57 LC nur solche Vollstreckungen erfasst sein können, die in Sachen erfolgen, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen und die aufgrund der Konkurseröffnung ausgesetzt worden waren. Zugleich spreche hierfür auch die Bestimmung des Art. 183 Nr. 4 LC. Danach sind im vierten Verfahrensabschnitt neben den gegen den Schuldner gerichteten und mit dem Konkursverfahren verbundenen Feststellungsverfahren nur solche Vollstreckungen gegen den Konkursschuldner enthalten, die „begonnen oder wieder aufgenommen werden“¹¹¹. Derartige Vollstreckungsverfahren würden daher vor dem jeweils zuständigen ordentlichen Richter erfolgen. Zu beachten sei jedoch, dass ein nach der Befriedigung der Forderung des Klägers verbleibender Restbetrag dem

¹⁰⁷ Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 275, 306.

¹⁰⁸ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1463.

¹⁰⁹ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7. In diese Richtung auch Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733, der die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf solche Vollstreckungsverfahren beschränkt, die bereits vor der Konkurseröffnung eingeleitet worden waren.

¹¹⁰ Dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 57 Abs. 1 LC, der nur von der Ausübung von Verfahren, die „eingeleitet oder wieder aufgenommen werden“ entsprechend der Bestimmung in Art. 56 LC spricht, lässt sich daher entnehmen, dass hier nur solche Vollstreckungen erfasst sind, die in die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffende Sachen erfolgen, die aufgrund der Konkurseröffnung ausgesetzt worden waren.

¹¹¹ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7.

Konkursrichter zur Verfügung gestellt wird. Neue Vollstreckungsverfahren seien nach dieser Ansicht dennoch vor dem Konkursrichter zu verhandeln¹¹².

Eine andere Auffassung sieht hingegen die Einheit der gerichtlichen Zuständigkeit von der Möglichkeit einer abgesonderten Vollstreckung aus den dinglichen Sicherheiten unberührt¹¹³. Der universelle Charakter des Verfahrens rechtfertige die Zuweisung der ausschließlichen Zuständigkeit des Konkursrichters für alle Vollstreckungen in Sachen und Rechte des Schuldnervermögens, „gleich welches Organ dies verfügt hat“ (Art. 86 ter. Abs. 1 Nr. 3 LOPJ, Art. 8 Nr. 3, 57 LC¹¹⁴). Der Grundsatz der einheitlichen Zuständigkeit im Konkursverfahren werde dadurch konkret angewandt, dass auch die Verwertung der dinglichen Sicherheiten der Rechtsprechung des Konkursrichters unterliege (Art. 57 Abs. 1 LC).

Der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung¹¹⁵ ebenso von der Zuständigkeit des Konkursrichters aus. Er äußert sich dahingehend, dass in Bezug auf besonders privilegierte Forderungen die Vollstreckung vor dem Konkursrichter erfolgen soll.

Zwar stellt die Zuständigkeitszuweisung an den Konkursrichter eine Abweichung von der allgemeinen Verwertungsregel dar (bei der Hypothek Art. 684 LEC)¹¹⁶. Die ausschließliche Zuständigkeit des Konkursrichters ist aber eine äußerst wirkungsvolle Schutzmaßnahme für die Masse. Denn auf diesem Wege können Vollstreckungshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens unterbunden werden. Ferner kann die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch den Konkursrichter besser sichergestellt werden, da er über die Zulässigkeit der Aufnahme oder Wiederaufnahme einer Einzelzwangsvollstreckung zu entscheiden hat (Art. 57 Abs. 1 LC). Gegenüber einem ordentlichen Richter verfügt der Konkursrichter zudem über die größere Sachnähe und das konkursrechtliche Spezialwissen. Inkonsequent erscheint an der ersten Meinung, dass sie die Zuständigkeit grundsätzlich beim ordentlichen Richter belassen will, aber bei neuen Vollstreckungsverfahren dennoch den Konkursrichter für zuständig erachtet.

¹¹² So Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733.

¹¹³ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269. Der damit die Unsicherheiten bei der Zuständigkeit, die durch die Entscheidungen des TS 23.1.1997 (ARJ 1997, 152) und 5.6.1999 (ARJ 1999, 4098) hervorgerufen worden waren, beseitigt sieht. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1044; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 830; Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 77, der aber davon ausgeht, dass außergerichtliche Vollstreckungen nicht von den Normen erfasst sind und somit nicht in den Zuständigkeitsbereich des Konkursrichters fallen, S. 119.

¹¹⁴ Begründung der Ley Orgánica para la reforma concursal II. Abs. 1, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26901. So auch Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 72.

¹¹⁵ Begründung des Konkursgesetzes III. Abs. 11, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

¹¹⁶ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1044.

IV. Sachlicher Geltungsbereich der Vollstreckungsaussetzung dinglicher Sicherheiten

1. Vollstreckungshandlungen

Der Aussetzung der Vollstreckung unterliegen alle Formen und Modi dinglicher Sicherheiten. Sowohl die gesetzlichen dinglichen Sicherungsrechte als auch die atypischen dinglichen Sicherheiten, die möglicherweise entwickelt werden, sind erfasst. Dies gebietet die Effektivität des Gesetzes. Andernfalls würden typische Sicherungsrechte – wie etwa Hypothek und Pfandrecht – verdrängt und andere Sicherungsformen, die dieser Beschränkung nicht unterliegen, würden an Popularität gewinnen¹¹⁷.

a) Sachverwertungsrechte

Zunächst sind dieser Begrenzung die Rechte der Sachverwertung¹¹⁸, d.h. Hypothek, Pfandrecht und nach allgemeiner Auffassung auch Antichrese, unterworfen. Diese dinglichen Sicherheiten charakterisieren sich dadurch, dass sie ihrem Inhaber eine doppelte Befugnis einräumen. Zum einen erteilen sie ihm die Befugnis, die Veräußerung der pfandrehtlich oder hypothekarisch belasteten Sache im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Verpflichtung einzuleiten¹¹⁹. Zum anderen räumen sie ihm die Befugnis ein, den erzielten Preis für die Befriedigung der Forderung einzusetzen (Art. 155 LC und Art. 692 LEC). Hinsichtlich des letzten Aspekts gewinnt das dem Gläubiger an der Sache gesetzlich zuerkannte Privileg (Art. 90 Abs. 1 LC) an Bedeutung. In diesen Fällen äußert sich die Ausübung des Rechts in der Einzelvollstreckung¹²⁰, die sowohl auf gerichtlichem als auch auf außergerichtlichem Wege erfolgen kann¹²¹. Art. 56 Abs. 1 LC bezieht sich bei der Aussetzung von Vollstreckungen¹²² und Zwangsverwertungen grundsätzlich auf die besonderen Vollstreckungsverfahren in hypothekarisch und pfandrehtlich belastete Sachen (Art. 129 LH, Art. 681 ff. LEC¹²³)¹²⁴. Auch die Einzelvollstreckung in einem allgemeinen Vollstreckungsverfahren (Art. 517 ff. LEC) ist von Art. 56 LC umfasst. Im Falle einer Hypothek sind die Besonderheiten nach Art. 126 und 127

¹¹⁷ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1046.

¹¹⁸ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in diesem Kapitel A.II.3.

¹¹⁹ Wie dies allgemein in Art. 1858 CC festgelegt ist und für das Pfandrecht in Art. 1872 CC, für die Hypothek in Art. 129 LH und für die Antichrese in Art. 1884 Abs. 2 CC wiederholt wird.

¹²⁰ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1046.

¹²¹ Andere sehen hiervon nur die gerichtliche Versteigerung nach Art. 643 ff. LEC umfasst, da sich das Gesetz nicht ausdrücklich auf eine außergerichtliche Versteigerung bezieht, so *Mairata Laviña*, in: *Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 275, 305. Aus dem Umstand, dass das Gesetz nur von „subasta“ (Versteigerung) spricht, kann aber nicht geschlossen werden, dass hiervon ein Vorgehen nach Art. 641 LC ausgeschlossen sein soll.

¹²² Vgl. zu den Vollstreckungsmöglichkeiten einer Hypothek auch im 5. Kapitel A.I. 6.b)

¹²³ „De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados“, Art. 681 ff. LEC.

¹²⁴ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 94.

LH zu beachten. Art. 56 LC erstreckt sich darüber hinaus auch auf eine Verwertung durch eine spezialisierte Person oder ein spezialisiertes Unternehmen (Art. 641 LEC)¹²⁵ und erfasst zudem die gesetzlich geregelten außergerichtlichen Vollstreckungsverfahren (Art. 129 LC, Art. 234 ff. RH; Art. 86 ff., 92 ff. LHM)¹²⁶. Genauerer hierzu findet sich im 5. Kapitel A.I.6.b.

Verfahrenshandlungen, die dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren vorangehen und prozessrechtliche Voraussetzung für die Zahlung des Schuldners sind, fallen bereits unter den Begriff der Vollstreckung, wenn die Sache ausgehändigt wurde (Art. 16 Abs. 2 Ley 28/1998). Diese Handlungen werden deshalb ebenso ausgesetzt. Demgegenüber ist die einfache außergerichtliche Zahlungsaufforderung noch keine Vollstreckung i.S.v. Art. 56 LC, obgleich sie der Vorbereitung eines späteren gerichtlichen Vorgehens dient¹²⁷. Eine Drittwiderspruchsklage (*tercería de dominio*) sowie ein gegen Dritte gerichtetes Vollstreckungsverfahren sind von der Aussetzung nicht erfasst¹²⁸.

b) Klagen zur Wiedererlangung der Sache

Wie bereits erwähnt, existiert neben den Rechten auf Sachverwertung (*ex iure crediti*) eine weitere Kategorie dinglicher Sicherheiten. Diese werden gewöhnlich zur Absicherung eines Abzahlungskaufs oder einer Gegenleistung für den Erwerb der belasteten Sache begründet. Sie charakterisieren sich dadurch, dass sie ihrem Inhaber die Befugnis einräumen, die belastete Sache aufgrund des Eigentums wiederzuerlangen (*ex iure domini*)¹²⁹. Das Gesetz erwähnt zum einen Klagen, die darauf gerichtet sind, Sachen wiederzuerlangen, die durch einen im Register der besitzlosen Pfandrechte eingetragenen Vertrag verkauft wurden. Zum anderen sind Klagen genannt, durch die Sachen wiedererlangt werden sollen, die jeweils aufgrund eines Finanzierungsleasings übergeben worden sind, das in einer vollstreckbaren Urkunde ver-

¹²⁵ Die Veräußerung erfolgt dann gewöhnlich in einer öffentlichen Versteigerung, obwohl hier einige Besonderheiten zu beachten sind. Die Übertragung der Sachen erfolgt mit der vom Unternehmen an den Erwerber vollzogenen Übergabe (Art. 609 CC, Art. 641 Abs. 4 LEC). Der Zeitpunkt der Übertragung kann der Masse gegenüber nur nach den allgemeinen Regeln entgegen gehalten werden (Art. 1218, 1227 CC). Mangels einer Übertragungsurkunde mit beweiskräftigen Datum bedarf dieser Vorgang einer gerichtlichen Bestätigung (Art. 641 Abs. 4 S. 1 LEC), vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1068. Eine etwas andere Meinung vertritt hierzu *Mairata Laviña*, in: *Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 275, 305.

¹²⁶ Eine außergerichtliche Vollstreckung ist beim Pfandrecht nach Art. 1872 CC und bei der Mobiliarhypothek und dem besitzlosen Pfandrecht jeweils nach Art. 86 ff. und 92 ff. LHM möglich. Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1046.

¹²⁷ Die Aussetzung betrifft aber die in Art. 250 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 LEC geregelten Feststellungsverfahren, die sich auf bewegliche Sachen beziehen, auch wenn diese keine echten Zwangsverwertungsverfahren der Sicherheit sind. So *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 94.

¹²⁸ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 95.

¹²⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in diesem Kapitel A.II.4.

einbart worden ist. Auch können Rechte auf Rückabwicklung von Immobilienkaufverträgen mangels Zahlung des gestundeten Kaufpreises nicht ausgeübt werden, selbst wenn sie sich aus im Grundbuch eingetragenen ausdrücklichen Bedingungen herleiten (Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC).

Theoretisch hätte die konkursrechtliche Regelung dieser beiden Arten dinglicher Sicherheiten (*ex iure crediti* und *domini*) sehr unterschiedlich ausfallen müssen. Die Wirkung der Sachverwertungsrechte erfordert die Einräumung eines Rechts auf abgesonderte Vollstreckung (Art. 55 Abs. 4 und 155 Abs. 1 LC) und die Zuerkennung eines besonderen Privilegs an der Sache, die Gegenstand der Sicherheit ist (Art. 90 LC). Die Rechte, die ermöglichen, die Sache wiederzuerlangen, müssen ihrem Inhaber ein Aussonderungsrecht einräumen (da die Sachen „fremdes Eigentum“ werden). Dieses ist prinzipiell Gegenstand spezialgesetzlicher und konkursrechtlicher Regelungen¹³⁰. Die berechtigten Inhaber beantragen die Abgabe der Sache an die Konkursverwaltung (Art. 80 Abs. 1 LC). Gegen deren abschlägige Entscheidung kann im Konkurszwischenverfahren (*incidente concursal*) vorgegangen werden (Art. 80 Abs. 2 LC).

In der Praxis ist die Unterscheidung nicht immer einfach. Die Sicherheit besteht im Eigentumsvorbehalt, der zugunsten des Verkäufers im Abzahlungsregister (Art. 7, 10 und 15 Abs. 1 LVPBM) eingetragen ist. Für den Fall der Nichterfüllung des Schuldners muss festgelegt sein, dass der Verkäufer als Eigentümer den Besitz an der Sache wiederlangt. Trotzdem ist ein besonderes Verfahren geschaffen worden, das sowohl zur Abgabe der Sache als auch zur Veräußerung der Sache im Wege der Versteigerung führen kann (Art. 16 Abs. 2 c) LVPBM). Wie bereits erwähnt, fallen unter besonders privilegierte Forderungen auch Raten eines Finanzierungsleasings, Raten eines Ratenkaufs unter Eigentumsvorbehalt, Forderungen unter Vereinbarung eines Verfügungsverbots oder einer auflösenden Bedingung mangels Zahlung (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC). Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber trotz des Bestehens der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder eines Verfügungsverbots den Leasinggeber oder den Verkäufer in Wahrheit nicht für den Eigentümer gehalten, sondern für den Inhaber einer dinglichen Sicherheit. Diese Ansicht wurde auch in einigen Fällen von der Rechtssprechung vertreten¹³¹. Ist die Liquidation eröffnet, hat der Gläubiger das Recht, die Zahlung seiner Forderung zulasten der erfassten Sache zu erlangen (Art. 155 Abs. 1 i.V.m. Art. 90 Abs. 1 LC), wobei dies sowohl für den Inhaber eines Sachverwertungsrechts als auch für den einer anderen Art von Sicherheit gilt¹³².

¹³⁰ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1047.

¹³¹ STS [Sala primera] 13.12.1911, 19.3.1989, 11.3.1991, 12.3.1993 und 16.7.1993.

¹³² Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1047.

c) Atypische dingliche Sicherheiten

Trotz der Schwierigkeit, atypische dingliche Sicherheiten zu begründen, die gerade kein Vorzugsrecht an den Sachen gewähren (Art. 89 Abs. 2 und Art. 90 LC), ist der Gebrauch anderer als der gesetzlich vorgesehenen Sicherheiten zur Absicherung der Erfüllung einer Verbindlichkeit denkbar. Vorstellbar wäre etwa, dem Gläubiger eine Kaufoption an einer dem Schuldner gehörenden Sache einzuräumen. Die Konstruktion eines Optionsrechts, das als Sicherheit fungieren soll, ist möglich, setzt aber voraus, dass hierdurch das Verbot der Verfallsklausel (Art. 1859 CC) nicht verletzt wird¹³³. Ebenso kann die Einräumung dispositiver Rechte an einer bestimmten Sache für den Gläubiger die Funktion einer Sicherheit übernehmen¹³⁴. Zu beachten ist aber auch hier die zeitlich befristete Vollstreckungsaussetzung in Art. 56 LC. Sie ist auf jedes Recht oder jede Befugnis auszudehnen¹³⁵, die mit einem dinglichen Charakter ausgestaltet ist und dem Gläubiger als Sicherheit dienen soll. Andernfalls würde der vom Gesetzgeber angestrebte Zweck der Regelung – nämlich der Masseerhalt – unterlaufen.

d) Verhältnis von Art. 56 zu Art. 61, 62 LC

Art. 56 LC bezieht sich auf dingliche Sicherheiten, Art. 61, 62 LC hingegen auf gegenseitige Verträge, deren Erfüllung noch aussteht. Die Vorschriften betreffen daher zwei unterschiedliche Bereiche, die keinerlei Verbindung zueinander haben. Wurde vor der Konkurseröffnung nicht erfüllt, kann aus den dinglichen Sicherheiten vollstreckt werden (Art. 56 Abs. 1 LC). Bei gegenseitigen Verträgen kann aber nur dann der Vertrag aufgelöst werden, wenn es sich um Dauerverträge handelt (Art. 62 Abs. 1 LC). Die Auflösung des Vertrages erfolgt im Konkurszwischenverfahren. Die dingliche Sicherheit wird im Wege der Vollstreckung verwertet. Hypothek und Pfandrecht sind hinsichtlich des zugrundeliegenden, ggf. gegenseitigen, Vertrages akzessorisch. So kann etwa eine Hypothek die Erfüllung eines Kaufvertrages absichern. Eine Rolle spielt dies insbesondere auch beim Eigentumsvorbehalt als Sicherheit des gestundeten Kaufpreises oder beim Finanzierungsleasing als Sicherheit der Leasingraten sowie bei

¹³³ Dies ist etwa der Fall, wenn dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt wird, die belastete Sache bei Nichterfüllung der Verpflichtung zu erwerben, und vereinbart wird, dass die geschuldete Summe als Kaufpreis behandelt wird (RRDGRN 10. 6.1986, 29.10.1987, 19.7.1991, 5.5.1992, 22.10.1992, 30.10.1998).

¹³⁴ RRDGRN 13.2.1989 und 28.6.1997. Dies geschieht etwa bei der Zuschlagserteilung zur Zahlung der Schulden, die unter bestimmten Umständen die Gläubiger berechtigt, eine Vormerkung ihres Rechts zu erlangen (Art. 45 Abs. 2 LH).

¹³⁵ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1048.

allen zweiseitigen Verträgen über den Verkauf von Immobilien, die unter der auflösenden Bedingung vereinbart wurden, dass die Zahlung ausbleibt (Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC)¹³⁶.

Bei einer zweiseitigen Sicherheit, die aus dem Eigentum resultiert (Eigentumsvorbehalt und Finanzierungsleasing), ist der Gläubiger paradoxerweise mit der Auflösung des Vertrages besser bedient als mit der Regelung in Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC. Denn so kann er als Eigentümer nach Art. 80 LC aussondern und ist der Wartezeit des Art. 56 LC nicht mehr unterworfen¹³⁷. Hat nämlich die Konkursverwaltung oder der Konkurschuldner selbst die Auflösung nach Art. 61 LC bewirkt, kommt es ohne weiteres zur Rückgabe an den Gläubiger, ohne dass hierbei ein Abwarten der in Art. 56 LC vorgesehenen Frist erforderlich ist. Darüber hinaus hat dies den Vorteil, dass die akzessorische Entschädigungsverpflichtung zulasten der Masse geht, während es sich bei Art. 56 LC nur um eine Konkursforderung handelt. Käme es zur Auflösung, wäre diese nur in dem Maße abgesichert, in dem der Wert der zurückzugebenden Sache den Betrag des noch ausstehenden Preises übersteigt¹³⁸.

Anders stellt sich die Situation wiederum bei Gläubigern dar, die nicht über Eigentum als Sicherheit verfügen, sondern über eine Belastung, die der Schuldner an einer seiner Sachen in Form einer Hypothek oder eines Pfandrechts begründet hat. Wird der zugrunde liegende zweiseitige Vertrag aufgelöst, erlischt der Anspruch auf Erfüllung und mit ihm die ihn sichernde, akzessorische Hypothek. Dem Gläubiger steht dann nur noch ein Anspruch auf Rückerstattung des Betrages zu, den er als Kredit gegeben hat. Es handelt sich hierbei um einen Ersatzanspruch, der je nach Eintritt der Auflösung Konkurs- oder Masseforderung ist. Grundsätzlich fällt die Sicherung weg, da der Schadensersatzanspruch des Gläubigers nicht von der Hypothek erfasst ist, es sei denn, es besteht eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung¹³⁹.

2. Betroffene Sachen

a) Allgemeine Betrachtung

Eine Einzelzwangsvollstreckung wird ausgesetzt, wenn die Sicherheit auf Sachen des Konkurschuldners lastet, die dessen berufliche oder unternehmerische Tätigkeit oder eine seiner Produktionseinheiten betreffen. Das Konkursgesetz schafft durch die Verbindung der belasteten Sache mit der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners eine wichtige Differenzierung bei der Behandlung dinglicher Sicherheiten im Konkurs. Der Gesetzgeber

¹³⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 104, 105.

¹³⁷ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 106.

¹³⁸ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 106.

¹³⁹ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 107.

weist darauf hin¹⁴⁰, dass die Beseitigung vieler Konkursrechtsinstitute für Kaufleute nicht bedeuten solle, dass die Besonderheiten in einem Konkurs über das Vermögen eines Unternehmens zu ignorieren sind. Auch solle nicht vergessen werden, dass in der Aktivmasse Produktions- bzw. Leistungseinheiten enthalten sein können. Während des gesamten Konkursverfahrens, d.h. von dessen Beantragung bis zum Erreichen eines Vergleichs oder der Liquidation, sind diese Besonderheiten zu berücksichtigen. Eine davon ist das Ruhen bzw. die zeitliche Aussetzung der Verwertung und Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten. Der Grund für diese Besonderheit liegt im Interesse, eine Zerschlagung der mit der Produktionstätigkeit des Schuldners verbundenen Sachen zu vermeiden. Denn das Gesamtinventar wird voraussichtlich einen höheren Wert abwerfen als die bloße Summe der Einzelobjekte. Die Aussetzung erlaubt zudem die Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners (Art. 44 Abs.1 LC). Gleichzeitig stellt dies eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung einer Reihe von Vorschriften dar, die darauf ausgerichtet sind, die Annahme bestimmter Vergleichsvorschläge zu erleichtern oder aber eine geordnete Liquidation des Schuldnervermögens zu sichern¹⁴¹. Ein Vergleichsvorschlag kann das Angebot zur Veräußerung der Gesamtheit der Sachen und Rechte des Konkursschuldners beinhalten, die seiner beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit oder einer seiner Produktionseinheiten dienen (Art. 100 Abs. 2 S. 3 LC). Möglich ist auch die Fusion oder das Ausscheiden (aus einem Konzern) der insolventen juristischen Person (Art. 100 Abs. 3 LC). Ein Vergleich kann ebenfalls vorsehen, dass zu seiner Erfüllung Rechtsbehelfe herangezogen werden, mit deren Hilfe die vollständige oder teilweise Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners erreicht werden soll (Art. 100 Abs. 5 LC). Der Liquidationsplan soll möglichst eine einheitliche Veräußerung der Gesamtheit aller Anlagen, Betriebsstätten und anderen Produktionseinheiten von Sachen und Leistungen des Konkursschuldners vorsehen. Ist dies nicht möglich, soll die Veräußerung zumindest einiger von ihnen versucht werden (Art. 148 Abs. 1 LC). Auch bei Fehlen eines Liquidationsplans soll die Gesamtheit der dem Schuldner gehörenden Anlagen, Betriebsstätten und anderen Produktionseinheiten von Sachen oder Leistungseinheiten grundsätzlich als ein Ganzes veräußert werden. Eine vorzeitige Teilung oder abgesonderte Verwertung ist aber möglich, wenn der Richter dies im Interesse des Konkurses für zweckmäßiger erachtet und die Konkursverwaltung zuvor benachrichtigt

¹⁴⁰ Begründung des Konkursgesetzes II. Abs. 3, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26906 f: „...sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios, sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo la obligación de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

¹⁴¹ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1048 f.

(Art. 149 Abs. 1 Nr. 1 LC). Des Weiteren kann sich die Konkursverwaltung für eine Zahlung zulasten der Masse ohne Verwertung der belasteten Sachen entscheiden (Art. 155 Abs. 2 LC). Dies hat sie den besonders privilegierten Forderungsinhabern mitzuteilen. Schließlich kann die Veräußerung von Sachen, die eine besonders privilegierte Forderung sichern, vom Gericht genehmigt werden, wenn die Belastung fortbesteht und der Erwerber in die Verpflichtung des Schuldners eintritt (Art. 155 Abs. 3 LC).

b) Betroffenheit der Sachen als Tatsachenfrage

Die Vollstreckungen von Sicherheiten, die auf Sachen ruhen, die die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Konkursschuldners betreffen, werden solange ausgesetzt, bis ein Vergleich erzielt wird, dessen Inhalt die Ausübung dieses Rechts nicht berührt, oder ein Jahr ab Konkurseröffnung vergangen ist, ohne dass in dieser Zeit die Liquidation eröffnet worden ist. Dies gilt sowohl für neue Vollstreckungsverfahren als auch für zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits aufgenommene Vollstreckungsverfahren (Art. 56 Abs. 1 und 2 LC)¹⁴².

Wie schon des Öfteren hat der spanische Gesetzgeber mit der „Betroffenheit der Sache“ einen Begriff eingeführt und daran wichtige Folgen geknüpft, es aber unterlassen, eine gesetzliche Definition vorzugeben. Im Konkursgesetz finden sich keinerlei Anhaltspunkte, denen entnommen werden könnte, wann eine Sache diese Eigenschaft erfüllt¹⁴³. Präzisierungen oder zusätzliche Hinweise, die über den Wortlaut hinausgehen und anhand derer bestimmt werden könnte, wann eine Sache mit der Tätigkeit des Schuldners verbunden ist oder nicht, fehlen gänzlich. Ob Sachen von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners „betroffen“ sind oder einer Produktionseinheit des Schuldners angehören, ist deshalb eine Tatsachenfrage. In der Konsequenz muss der Konkursrichter in jedem einzelnen Fall über die Eigenschaft der „Betroffenheit“ der Sachen entscheiden, wobei er auf die von den Parteien vorgebrachten Behauptungen oder Beweise angewiesen ist¹⁴⁴. Nach dem vom Konkursgesetz verfolgten Zweck setzt die Betroffenheit einer Sache voraus, dass eine unterneh-

¹⁴² Mit der Absicht, die Bestimmungen im LEC (Zivilprozessgesetz) an das neue Konkursgesetz anzupassen, hat Abs. 7 der *D.F. tercera* Art. 568 LEC neu gefasst, so dass er nunmehr wie folgt geregelt ist: „*El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*“ In jedem Fall wird er wiederhergestellt, da Art. 568 LEC durch die *D.D. única* des Konkursgesetzes in Abs. 3 Nr. 11 aufgehoben wurde. Dies ist darauf zurückzuführen, dass diese Bestimmung in die *D.D. única* eingefügt und damit der Empfehlung des *Consejo de Estado* (Beratungsgremium der Regierung) gefolgt wurde, die Bestimmungen der Konkursgesetzgebung an die des Zivilprozessgesetzes anzupassen. Vgl. *Dictamen del Consejo des Estado sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, 21 de marzo de 2002, Nr. 64/2002, S. 74 f.

¹⁴³ Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733.

¹⁴⁴ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1049.

merische oder gewerbliche Organisation, in der die Sachen eingegliedert sind, tatsächlich vorhanden ist. Darüber hinaus bestehen für die Ausübung der Tätigkeit keine weiteren Anforderungen – wie etwa die Eintragung des Einzelunternehmers im Handelsregister, die für die Kaufmannseigenschaft weder erforderlich noch zwingend ist (Art. 1 und 19 Abs. 1 CCom), oder die Erfüllung steuerrechtlicher Formvorschriften¹⁴⁵.

Zieht man andere Gesetze wie das Zivilgesetzbuch hinzu, können Sachen als betroffen erachtet werden, wenn sie mit der Entwicklung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit oder mit den Erfordernissen des Produktionsverfahren verbunden oder hierfür bestimmt sind (Art. 334 Nr. 5 und 6 CC). Betroffene Sachen sind solche, die im Dienst der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners stehen („die unmittelbar dazu da sind, den Erfordernissen der Bewirtschaftung selbst nachzukommen“, Art. 334 Nr. 5 CC), unabhängig von der Bedeutung dieser Sachen für das Produktionsverfahren. Schwierig erscheint die Entscheidung bei nur teilweise von der Tätigkeit des Schuldners betroffenen Sachen. Ist das Vorliegen der Voraussetzungen unklar, bedarf dies in jedem Einzelfall einer Entscheidung des Richters. Grundlage der Entscheidung ist das dem Konkurs zugrunde liegende Ziel der Unternehmenserhaltung, weshalb von einer weiten Auslegung des Begriffes der Produktionseinheit oder der vom Produktionsverfahren betroffenen Sachen auszugehen ist¹⁴⁶. Es liegt dagegen keine Betroffenheit vor, wenn der Schuldner beispielsweise als natürliche Person seine Wohnung selbst nutzt, diese Nutzung aber nicht mit der Ausübung seiner Tätigkeit verbunden ist¹⁴⁷.

Da es sich um eine Tatsachenfrage handelt, steht einer Beendigung der Betroffenheit der Sachen, die ursprünglich für die Entwicklung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkurschuldners bestimmt oder einer seiner Produktionseinheiten zugeteilt waren, während des Verlaufs des Konkursverfahrens nichts entgegen. Der Verlust der Eigenschaft der Betroffenheit kann eine Folge der Konkursereignisse selbst sein. Eine belastete Sache ist etwa dann nicht mehr von der Tätigkeit des Konkurschuldners betroffen, wenn sie an einen Dritten übertragen wird, wobei dies der Genehmigung des Richters bedarf (Art. 43 Abs. 2 LC). Werden Geschäftsstellen, Anlagen oder Betriebsstätten des Schuldners endgültig geschlossen oder beendet der Schuldner seine unternehmerische Tätigkeit, ist dies ebenso der Fall (Art. 44 Abs. 4 LC). Gehören die Sachen der Aktivmasse an und wird die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Schuldners nicht grundsätzlich beendet, kann der Wegfall der Betroffenheit aber die Folge einer Modifizierung oder Änderung der ausgeübten Tätigkeit

¹⁴⁵ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1049.

¹⁴⁶ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1450.

¹⁴⁷ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1449.

sein. So zum Beispiel, wenn das Betreiben einer bestimmten Geschäftslinie aufgegeben wird, in die die Sachen bislang eingebunden waren¹⁴⁸.

Der in Art. 56 Abs. 1 LC verwendete Begriff der Betroffenheit der Sachen ist weiter angelegt als der in Art. 56 Abs. 2 LC gebrauchte Begriff der „notwendigen Sachen“¹⁴⁹ und unterscheidet sich deshalb von diesem. Die Notwendigkeit stellt hier ein Mehr gegenüber der bloßen Betroffenheit dar¹⁵⁰. Ein bereits eingeleitetes Vollstreckungsverfahren wird nach Art. 56 Abs. 2 LC fortgesetzt, wenn die Versteigerungsanzeigen zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits veröffentlicht waren und wenn von der Vollstreckung keine Sachen oder Rechte erfasst sind, die für die Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkurschuldners notwendig sind¹⁵¹.

c) Auslegungskriterien

Obwohl das Gesetz schweigt, gibt es Anhaltspunkte außerhalb des Gesetzes, die für die Entscheidungsfindung des Richters relevant sind. In gewissen Fällen sind die Sachen aufgrund ihrer besonderen Beschaffenheit als von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit betroffen oder als Teil einer Produktionseinheit anzusehen¹⁵². Dies ist bei einer Immobiliehypothek der Fall, die sich aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung auf die beweglichen Sachen erstreckt, die sich permanent auf dem hypothekarisch belasteten Grundstück befinden (Art. 111 Nr. 1 LH)¹⁵³. Auszuschließen ist die Betroffenheit der Sache dagegen bei Hypotheken, die auf Wohnraum lasten. Ernsthafte Beurteilungsschwierigkeiten können sich in diesem Zusammenhang bei Fällen ergeben, in denen der Schuldner seiner beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit vollständig oder teilweise in seiner Wohnung nachgeht, indem er die Wohnung z.B. als Büro, Werkstatt oder Lager benutzt. Allein die Qualifizierung als Sozialwohnung reicht indes nicht aus, um eine Betroffenheit abzulehnen. Gemäß den für Sozialwohnungen geltenden gesetzlichen Regelungen¹⁵⁴ muss sie dem „gewöhnlichen oder

¹⁴⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1050.

¹⁴⁹ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1050.

¹⁵⁰ Ähnlich *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734, der von einem zusätzlichen Erfordernis bei den „notwendigen“ Sachen im Vergleich zu den nur „betroffenen“ Sachen ausgeht.

¹⁵¹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in diesem Kapitel B.VIII.2.

¹⁵² Ausschlaggebend dürfte fast niemals der bloße Umstand sein, dass die Sache im Inventar des Vermögens der insolvent gewordenen Gesellschaft enthalten ist. So *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 87.

¹⁵³ Ebenso gegeben ist dies bei der Mobiliarhypothek an Handelsbetrieben, Industriemaschinerie oder gewerblichem Eigentum (Art. 12 Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 LHM) und beim besitzlosen Pfandrecht an Maschinen und Ackergeräten der land-, forst- und viehwirtschaftlichen Betriebe (Art. 52 Nr. 4 LHM). In der Regel ist dies auch bei einem gewöhnlichen Pfandrecht auszuschließen, da hier die Besitzlosigkeit (Art. 1863 CC) eine Loslösung der Sache vom Produktionsapparat des Schuldners mit sich bringt.

¹⁵⁴ Art. 1 RDL 31/1978, de 30 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, y 3 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre, de desarrollo del anterior.

ständigen Wohnsitz“ dienen. Übt der Inhaber, sein Ehegatte oder ein bestimmter Verwandter, der mit ihm zusammenwohnt, in der Sozialwohnung jedoch einen „Beruf oder einen kleinen Hausbetrieb“ aus, der „der Besteuerung unterliegt“, kann auch eine Sozialwohnung betroffen sein.

Ein wichtiger Hinweis für die Betroffenheit der belasteten Sache ist deren Aufnahme in die Bilanz der Sachen und Rechte, die die Aktiva des Unternehmens bilden (Art. 35 Abs. 1 CCom). Ein weiteres Indiz hierfür ist die Verbuchung der belasteten Sache in der Buchhaltung als Anlagegut (Art. 65 Abs. 3 c und Abs. 5 c *Reglamento del Impuesto sobre la renta* – Einkommensteuerverordnung¹⁵⁵). Dessen ungeachtet erbringen Rechnungsunterlagen und steuerrechtliche Unterlagen, einfache Eintragungen, Registervermerke und Privatpapiere allein demjenigen gegenüber Beweis, der sie geschrieben hat (Art. 1228 CC). Dem Gläubiger einer dinglichen Sicherheit bleibt es aber unbenommen, durch Zuhilfenahme solcher Unterlagen die Nicht-Betroffenheit der Sachen in dem entsprechenden Konkurszwischenverfahren (*incidente concursal*) zu beweisen oder die zulässigen Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung des Konkursrichters hinsichtlich des Beginns oder der Wiederaufnahme der Einzelvollstreckungen einzulegen¹⁵⁶.

Komplizierter ist die Lösung für hypothekarisch oder pfandrechtlich belastete Sachen von Handelsunternehmen. Denn prinzipiell sind alle Sachen, die deren Vermögen bilden, von der Entwicklung des Gesellschaftszwecks betroffen (Art. 136 und Art. 137 CCom, Art. 9-b) LSA¹⁵⁷, Art. 13-b) LSRL¹⁵⁸). Darüber hinaus existieren keine Bestimmungen, anhand derer das persönliche Vermögen von der Betriebszugehörigkeit unterschieden werden könnte, wie dies beim Einzelunternehmer der Fall ist. Trotzdem unterliegen nicht alle Sachen, die dem Gesellschaftsvermögen angehören, der gleichen Bestimmung der Unternehmensorganisation oder des Ablaufs des Produktionsverfahrens.

In diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung der DGRN¹⁵⁹ zu beachten. Diese erkannte die Wirksamkeit einer Satzungsklausel an, die der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft die Befugnis erteilte, über die Veräußerung bestimmter „von dem Gesellschaftszweck besonders betroffener“ Sachen zu entscheiden. Gesellschaftszweck der AG war der Betrieb eines fremden Hotels und eines Heilbades. „Besonders betroffen“ waren deshalb das gesamte

¹⁵⁵ Erlassen durch RD 214/1999, de 5 de febrero.

¹⁵⁶ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56S. 1051.

¹⁵⁷ LSA = *Ley de Sociedades Anónimas*, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas – Aktiengesetz.

¹⁵⁸ LSRL = *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ley 2/1995, de 23 de marzo – Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu etwa RDGRN 17.4.1997.

Heilbad sowie das Hotel samt Hauptpersonal. Dabei spielte es keine Rolle, dass diese Klausel lediglich einen internen Charakter hatte. Es lässt sich demnach konstatieren, dass der Konkurs einer Handelsgesellschaft in der Regel zur automatischen Aussetzung aller Vollstreckungen führt, die in Sachen der Gesellschaft erfolgen, die von einer dinglichen Sicherheit belastet sind¹⁶⁰.

Des Weiteren kann für die Bestimmung der Betroffenheit die Unterscheidung zwischen im Produktionsapparat eingebundenen und bereits produzierten Sachen herangezogen werden. Eine Stütze findet diese Konstruktion auch im Gesetz. Denn dieses spricht von Sachen, die von einer „Produktionseinheit“ betroffen sind (Art. 56 Abs. 1 LC). Zu unterscheiden ist zwischen stehenden und getrennten bzw. gezogenen Früchten (Art. 451, 452 und Art. 455 CC). Die natürlichen Früchte und die Sachfrüchte werden mit der Trennung individualisiert und sind dann Sachen, die von der Produktionseinheit unabhängig sind. Mit der Trennung sind sie zu unterschiedlichen Rechtsverhältnissen fähig. Die Vollstreckung aus einer Immobiliarsicherheit, die etwa auf einem landwirtschaftlichen Betrieb oder einer Immobilie liegt, auf der sich eine Fabrik zur Herstellung von Kraftfahrzeugen befindet, wird deshalb zeitlich begrenzt ausgesetzt, weil es sich um eine „Produktionseinheit“ handelt¹⁶¹. In gewissen Konstellationen hilft diese Unterscheidung aber nicht weiter, etwa bei Bauwerken, die sich noch in der Konstruktionsphase befinden, oder beim Verkauf einer Immobilienvermarktung. Die unternehmerische Tätigkeit des Immobilienträgers umfasst, genauer betrachtet, die Gesamtheit all dieser Vermögensbestandteile, gleich ob deren Konstruktion fertig gestellt ist oder nicht, und besteht in der Anregung, Planung und Finanzierung der zur Veräußerung an Dritte bestimmten Bauwerke (Art. 9 LOE)¹⁶². Damit ist jedoch nicht die materielle Ausführung der Bauten gemeint, die in der Regel von einem anderen Unternehmer – einem Bauunternehmer – übernommen wird, der in seiner Unternehmerorganisation über die notwendigen materiellen und personellen Mittel zu deren Bewerkstellung verfügt (Art. 11 Abs. 1 LOE)¹⁶³.

d) Prozessuale Vorgehensweise

Parallel zur strittigen Frage der Zuständigkeit bei der Vollstreckung herrscht auch bei der Frage, wer für die Beurteilung der Betroffenheit einer Sache zuständig ist, Uneinigkeit.

¹⁶⁰ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1051.

¹⁶¹ Bei einem besitzlosen Pfandrecht an getrennten Früchten (Art. 52 Nr. 2 LHM) oder an bereits fertig gestellten und gelagerten Fahrzeugen (Art. 53 Nr. 2 LHM) erfolgt hingegen keine Aussetzung, da es sich um bereits unabhängige Sachen handelt, die nicht von der unternehmerischen Tätigkeit erfasst sind.

¹⁶² LOE = *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, BOE Nr. 266, v. 6.11.1999 – Baugesetz.

¹⁶³ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1052.

Als zuständig erachtet wird zum Teil der Richter, der für die Vollstreckung gerade zuständig ist – sei dies nun der Konkursrichter oder ein anderer¹⁶⁴. Die Beurteilung der Betroffenheit sei eine Vorfrage, denn erst hierdurch ließe sich eine Entscheidung treffen, ob eine Vollstreckung eingeleitet oder fortgeführt werden könne.

Nach anderer Ansicht sei dagegen der Konkursrichter ausschließlich zuständig, wofür wiederum Art. 86 Nr. 1, 3 LOPJ und Art. 8 Nr. 1, 3 LC herangezogen werden¹⁶⁵.

Dieser Meinung ist aus denselben Gründen, wie im 4. Kapitel B.III. aufgeführt, zu folgen. Es wird insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Der Konkursrichter muss also bestimmen, ob es sich bei den Sachen um „betroffene“ oder „notwendige“ Sachen handelt. Insbesondere muss er dies auch bei eingetragenen Sachen tun, da sich dieser Umstand nicht aus dem Register ergibt. Dort wird die Zugehörigkeit zum Betrieb bestenfalls allgemein geschildert sein (Art. 111 LH, Art. 22 LHMPD)¹⁶⁶. Die ausschließliche Zuständigkeit des Konkursrichters verbietet einem ordentlichen Richter, über die Fortsetzung oder Aufnahme eines Vollstreckungsverfahrens zu entscheiden. Der Konkursrichter hat die Beschaffenheit der Sache in der Vollstreckbarkeitserklärung festzulegen (Art. 551 ff. LEC)¹⁶⁷.

Eine Entscheidung kann nur „auf Parteiantrag“ hin erfolgen (Art. 57 Abs. 1 LC), d. h. wenn die Gläubiger die Vollstreckung aus der Sicherheit beantragt haben oder wenn eine dahingehende Entscheidung in einem Konkurszwischenverfahren zu treffen ist¹⁶⁸. Die Gläubiger können die Verwertung der Sachen herbeiführen, wenn sie meinen, dass diese keine Verbindung mit der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners aufweisen. Sowohl der Beginn als auch die Wiederaufnahme der Vollstreckungen werden vor dem Konkursrichter betrieben, gemäß der jeweils einschlägigen Normen des gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahrens. So ist im Falle eines speziellen Verfahrens, das auf die Zahlung der durch Pfandrecht oder Hypothek gesicherten Schulden gerichtet ist (Art. 681 LEC), die Stellung eines entsprechenden Vollstreckungsantrages erforderlich (Art. 685 LEC). In Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel führt der Richter die Vollstreckung aus, wenn die pro-

¹⁶⁴ So *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2733.

¹⁶⁵ *Dominguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 845; *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1052.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 87.

¹⁶⁷ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 87.

¹⁶⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1052. Wobei *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 87, die Eröffnung eines Zwischenverfahrens für erforderlich erachtet, das bei einem Vollstreckungsverfahren aus dinglichen Sicherheiten an sich nicht vorgesehen ist und auch nicht dem Konkurszwischenverfahren entspricht, weil dieses nicht aufgrund eines Klageantrages nach Art. 194 Abs. 1 LC eröffnet wird.

zessualen Erfordernisse und Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 55 Abs. 1 LEC). Bevor die Vollstreckung im getrennten Verfahren aufgenommen wird, entscheidet der Konkursrichter über deren Zulässigkeit (Art. 57 Abs. 1 LC). Dies erfordert auch eine Entscheidung über die Verbindung der Sachen zur schuldnerischen Tätigkeit oder über deren Eingliederung in eine Produktionseinheit des Schuldners. Gegen die Entscheidung des Richters ist nur der Einspruch zulässig (Art. 197 Abs. 2 LC). Wird diesem nicht stattgegeben, ist hiergegen kein Rechtsmittel zulässig. Die Parteien können die Frage lediglich in der Berufung mitaufnehmen, wenn sie den Einspruch innerhalb einer Frist von fünf Tagen eingelegt haben (Art. 197 Abs. 3 LC)¹⁶⁹.

Unabhängig davon steht der Einleitung eines Konkurszwischenverfahrens durch die Konkursverwaltung oder durch die Gläubiger nichts entgegen, wenn auf diesem Wege geklärt werden soll, ob die Sache betroffen ist oder nicht (Art. 192 LC). Das Urteil im Zwischenverfahren ist darauf beschränkt, bestimmte Sachen zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung für betroffen zu erklären und zwar von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners oder von einer seiner Produktionseinheiten. Durch die richterliche Entscheidung ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Situation aufgrund der Loslösung der Sachen von der Tätigkeit des Schuldners zukünftig ändern kann¹⁷⁰. Das Urteil entfaltet keine materielle Rechtskraft, da deren Voraussetzungen nicht vorliegen (Art. 222 Abs. 1 LEC). Dies stellt eine Ausnahme von der Grundregel dar (Art. 196 Abs. 4 LC). Es besteht keine Identität des Gegenstandes mit einem späteren Verfahren, in dem der Wegfall der Betroffenheit geklärt wird. Das Konkursgesetz schreibt die Eintragung eines solchen Urteils im Grundbuch oder im Mobiliarregister nicht ausdrücklich vor. Eine Eintragungspflicht ergibt sich aber aus anderen Vorschriften (Art. 2 Nr. 7 LH, Art. 68 a) LHM, Art. 15 LVP und Art. 4 f) Abzahlungsregisterordnung¹⁷¹), nach denen Änderungen eingetragener Rechte in den jeweiligen Registern einzutragen sind. Die gerichtliche Feststellung der Betroffenheit der Sache wirkt sich auf den Inhalt der dinglichen Sicherheit aus und ist als eine Abänderung des eingetragenen Rechts zu betrachten, da die Ausübungsmöglichkeiten des Rechts nunmehr begrenzt sind¹⁷².

Eine ausgesetzte Vollstreckung kann auch später fortgeführt werden, wenn die Sache nicht mehr von der schuldnerischen Tätigkeit betroffen oder hierfür notwendig ist. Denkbar ist dies

¹⁶⁹ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1053.

¹⁷⁰ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1053.

¹⁷¹ *Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999*.

¹⁷² *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1053.

etwa, wenn der Richter das Unternehmen nach Art. 44 Abs. 4 LC schließt oder wenn die jeweilige Sache an einen Dritten veräußert wird (Art. 43 Abs. 2 LC)¹⁷³. Zu bezweifeln ist jedoch, ob es hierfür ebenso eines Konkurszwischenverfahrens bedarf.

Vorstellbar ist schließlich auch der umgekehrte Fall: Die anfangs nicht betroffene Sache wird später betroffen. Den Gläubigern kann dieser Umstand allerdings nur entgegengehalten werden, wenn die Konkursverwaltung zur Heranziehung der Sache gesetzlich befugt ist, etwa durch Art. 155 Abs. 2 LC. Denn Art. 43 und 44 LC berechtigen die Konkursverwalter oder den Schuldner nicht dazu, Sachen, die zuvor nicht der Einschränkung des Art. 56 LC unterlagen, zu ihrem Vorteil der Produktionstätigkeit zuzuführen¹⁷⁴.

3. Ausnahme: Vollstreckung in die belasteten Sachen innerhalb des Konkurses

Werden die Sachen innerhalb des Konkurses verwertet, also in der Liquidationsphase oder vorher, erleichtert das Konkursgesetz die Veräußerung der mit den Sicherheiten belasteten Sachen durch verschiedene Maßnahmen (Art. 155 Abs. 3 und 4 LC)¹⁷⁵.

a) Veräußerung unter Fortbestand der Belastung

Der Konkursrichter kann ab Konkurseröffnung auf Antrag der Konkursverwaltung und nach Anhörung der Betroffenen die Veräußerung der mit einer besonders privilegierten Forderung belasteten Sache erlauben. Möglich ist dies bis zur Liquidation. Voraussetzung ist, dass die Lasten fortbestehen und der Erwerber in die Verpflichtung des Schuldners eintritt (Art. 155 Abs. 3 S. 1 LC)¹⁷⁶. Dabei wird diese Verbindlichkeit aber nicht Teil der Passivmasse¹⁷⁷. Der Erwerber hat im Sinne des Art. 155 Abs. 3 LC den Betrag der Sicherheit vom Kaufpreis abzuziehen und gegenüber dem Gläubiger die Verpflichtung zu übernehmen, dessen Forderung zu befriedigen. Obwohl die Vorschrift dies nicht ausdrücklich fordert, erscheint es angebracht, dass der Erwerber die fällige Summe sofort befriedigt und in die Verbindlichkeit und in die ausstehenden Zinsen eintritt. Für den Konkurschuldner handelt es sich jedenfalls um eine

¹⁷³ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 88.

¹⁷⁴ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 88.

¹⁷⁵ Einige Autoren halten Art. 155 Abs. 3 LC aufgrund des Wortlauts „dentro del concurso“ nur dann für anwendbar, wenn die Verwertung der Sachen vor dem Konkursrichter erfolgt, was aber nur bei Sicherheiten der Fall sei, die auf Sachen ruhen, die das Produktionsverfahren betreffen, aber nicht wenn die Verwertung der Sachen außerhalb des Konkurses betrieben wird. Dann müsse die Veräußerung gemäß den jeweils entsprechenden Vorschriften zu den gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren erfolgen. So Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2735; Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

¹⁷⁶ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 274.

¹⁷⁷ Diese Möglichkeit war bereits in den vorherigen Gesetzesentwürfen enthalten (Art. 196 der *Propuesta de Ley Concursal* von 1995 und Art. 292 des *Anteproyecto de Ley Concursal* von 1983).

echte befreiende Schuldübernahme durch den Erwerber in der Versteigerung¹⁷⁸. Abweichend von den allgemeinen Regeln der Schuldübernahme ist hierfür nicht die Zustimmung des Gläubigers erforderlich (Art. 1205 CC)¹⁷⁹.

Dass dem Konkursrichter die Möglichkeit eröffnet wird, diese Form der Veräußerung zu bewilligen, liegt in dem Bestreben, den Erwerb derart belasteter Sachen durch Dritte zu erleichtern. Darüber hinaus kann die Herabsetzung des Preises um den Betrag der Belastung und der Eintritt in die Sicherheit eine Versteigerung begünstigen¹⁸⁰. Diese Möglichkeit erscheint auf jede Art von Veräußerung anwendbar, da die Änderung ausschließlich den Bestand der Schuld betrifft. Durch den Eintritt des Erwerbers in die Schuld bleibt diese bestehen und ist aus der Passivmasse ausgeschlossen¹⁸¹.

Genehmigt der Konkursrichter eine solche Vorgehensweise nicht, wird der erzielte Veräußerungserlös für die Zahlung der besonders privilegierten Forderungen verwendet und ein eventuell darüber hinausgehender Betrag für die Zahlung der übrigen Forderungen (Art. 155 Abs. 3 S. 2 LC). Den Inhabern der Sicherheit bleibt in jedem Fall ihr Privileg bei der Vollstreckung in die belastete Sache erhalten. Bei Anfallen eines Restbetrages haben die anderen Gläubiger ein Recht darauf¹⁸².

Ist dieselbe Sache mit mehr als einer privilegierten Forderung belastet, erfolgen die Zahlungen entsprechend der zeitlichen Priorität. Diese ergibt sich für die jeweiligen Forderungen aus den spezialgesetzlich geregelten Voraussetzungen und Formalitäten für die Einwendbarkeit gegenüber Dritten (Art. 155 Abs. 3 S. 3 LC). Bei Forderungen, die durch gesetzliche stillschweigende Hypotheken gesichert sind (vgl. auch im 5. Kapitel A.I.4.b), ergibt sich die Priorität der Zahlung aus der entsprechenden Spezialvorschrift (Art. 155 Abs. 3 S. 4 LC)¹⁸³.

b) Direktverkauf der Sachen

Grundsätzlich erfolgt die Verwertung der mit einer privilegierten Forderung belasteten Sache in jeder Phase des Konkurses durch Versteigerung (Art. 155 Abs. Abs. 4 S. 1 LC). Fraglich ist, ob hierunter nur die gerichtliche Versteigerung zu verstehen ist, oder ob auch im Wege außergerichtlicher Versteigerungsmöglichkeiten vorgegangen werden kann, wenn dies die Parteien zuvor vereinbart hatten oder die gesetzlichen Voraussetzungen für ein solches Vorge-

¹⁷⁸ *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

¹⁷⁹ *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 845.

¹⁸⁰ Vgl. *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

¹⁸¹ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2720.

¹⁸² *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

¹⁸³ Vgl. *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

hen gegeben sind¹⁸⁴. Unabhängig von dieser Frage kann der Konkursrichter auf Gesuch der Konkursverwaltung¹⁸⁵ und nach Anhörung des Konkurschuldners und des Gläubigers als Inhaber des Vorzugsrechts den Direktverkauf der Sache bewilligen. Der Preis muss den hierfür festgelegten Mindestpreis übersteigen und der Bieter hat den Preis in bar zu entrichten (Art. 155 Abs. 4 LC)¹⁸⁶. Für das jetzige System bedeutet dies eine wesentliche Verbesserung. Ähnliches war bereits im Gesetzesentwurf von 1983 vorgesehen (Art. 292 ALC 1983)¹⁸⁷. Die gerichtliche Bewilligung und ihre Voraussetzungen werden auf dieselbe Art und Weise wie die Versteigerung der belasteten Sachen und Rechte bekannt gemacht (Art. 155 Abs. 4 LC). Wenn innerhalb der auf die Bekanntmachung folgenden zehn Tage ein besserer Bieter auftreten sollte, eröffnet der Richter die öffentliche Versteigerung unter allen Bietern und verfügt über die Sicherheit, die zu leisten ist (Art. 155 Abs. 4 LC)¹⁸⁸. Der Direktverkauf nach Art. 155 Abs. 4 LC erfolgt auf die übliche Art und Weise, d. h. der Verkauf wird durch die Konkursverwaltung im Namen des Schuldners bewilligt.

Da der Begriff „festgelegter Mindestpreis“ im Gesetz nicht näher erläutert wird, ist nicht ganz klar, was damit gemeint ist¹⁸⁹. Es könnte sich dabei um eine Vereinbarung zwischen dem Schuldner, dem privilegierten Gläubiger und der Konkursverwaltung für die jeweilige Veräußerung handeln. Wahrscheinlicher ist jedoch der bei einer Versteigerung angesetzte Mindestbetrag, da dieser objektiv bestimmbar ist.

V. Voraussetzungen des Verbots der Einleitung von Vollstreckungsverfahren

1. Konkursöffnung

Eine der Rechtsfolgen der Konkursöffnung ist die Aussetzung der Vollstreckungsverfahren. Gläubiger einer dinglichen Sicherheit können ab der Konkursöffnung grundsätzlich weder eine Vollstreckung noch eine Zwangsvollstreckung durch Wegnahme einleiten (Art. 56 Abs. 1 LC)¹⁹⁰. Die Wirkungen des Konkurses setzen nicht etwa schon mit der Annahme des Antrages auf Konkursöffnung durch den Konkursrichter (Art. 13 bis 15 LC) ein, sondern erst

¹⁸⁴ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 274.

¹⁸⁵ Bei all diesen Veräußerungsmöglichkeiten ist den Konkursverwaltern (durch sie selbst oder durch eine zwischengeschaltete Person) der Erwerb von Sachen im Konkurs verboten, selbst in der Versteigerung (Art. 151 LC). Der verbotene Erwerb ist nichtig und nicht eintragbar. Vgl. Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2720.

¹⁸⁶ Die Möglichkeit des Direktverkaufs der Sachen war bereits in anderen vorherigen Gesetzesentwürfen vorgesehen, wie etwa im *Anteproyecto* aus dem Jahr 1983 (Art. 293 ALC/1983).

¹⁸⁷ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1457.

¹⁸⁸ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

¹⁸⁹ Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2719.

¹⁹⁰ Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 890.

mit dem Tag des Konkurseröffnungsbeschlusses (Art. 21 ff. LC)¹⁹¹. Die Zulassung des Antrages auf einen notwendigen Konkurs bewirkt ebenso wenig das Ruhen nach Art. 56 LC, auch wenn sie der Eröffnung des ersten Abschnitts des Konkursverfahrens dient (Art. 16 LC). Der Konkursrichter kann aber bereits vor der Konkurseröffnung vorbeugende Maßnahme mit dieser Wirkung ergreifen, wenn er dies für erforderlich hält (Art. 17 LC; Art. 226 Abs. 2 Nr. 1 LC im internationalen Verfahren). Art. 23 und 24 LC bestimmen weder besondere Folgen der Bekanntmachung der Konkurseröffnung noch welche Auswirkungen das Verhalten gutgläubiger Dritter hat, die in Unkenntnis der Konkurslage handeln. Die Aussetzung der Vollstreckung nach Art. 56 LC erfordert zu ihrer Wirksamkeit weder eine Bekanntmachung¹⁹² noch eine Mitteilung an die Gläubiger (Art. 21 Abs. 4 LC), da sie Folge der Konkurseröffnung ist und als solche grundsätzlich automatisch eintritt. In einigen Fällen ist allerdings wegen der Einwendbarkeit gegenüber Dritten ein Vermerk im entsprechenden Register nötig (Art. 24 Abs. 4 LC) – wie etwa bei Immobiliarsicherheiten, die auf Sachen lasten, die der vollständigen registerrechtlichen Publizität unterliegen (Art. 605 CC und Art. 1, 2 LH). Der Konkursvermerk verhindert, dass ein Einzelvollstreckungsverfahren in diese Sachen eingeleitet werden kann, denn aus dem vom Registerbeamten ausgestellten Registerauszug geht dieser Umstand notwendigerweise hervor (Art. 656 und Art. 688 LEC). In gleicher Weise verweigert der Registerbeamte nach der Ausstellung des Registerauszuges die Eintragung von Titeln, aus denen die Vollstreckung oder die Verwertung der dinglichen Sicherheiten in einem Verfahren betrieben werden kann, das vor einem anderen Gericht oder einer anderen Autorität als der des Konkursrichters anhängig ist (Art. 100 LH, Art. 100 RH i.V.m. Art. 86 Nr. 3 LOPJ, Art. 8 Nr. 3, 57 LC). Würde ein Vermerk dagegen nicht im Register eingetragen werden, könnte der Gläubiger mit der Verwertung der Sicherheit außerhalb des Konkursverfahrens fortfahren (einschließlich der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs), da das zuständige Gericht oder die Autorität nach den allgemeinen Regeln keine Kenntnis vom Konkurs des Vollstreckungsschuldners hätte. Die dem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufenden Vollstreckungshandlungen sind daher absolut nichtig (Art. Abs. 1 CC, Art. 225 Nr. 1 LEC). Die Eintragung des Titels aus dem vollstreckt wird, der Überschuss und die Zuschlagserteilung (Art. 674 LEC) oder die Wiedererlangung des Eigentums durch den Verkäufer im Falle der Auflösung eines Kaufvertrages über Immobilien mangels Zahlung (Art. 175 Nr. 6 RH) können aber dazu führen, dass ein gutgläubiger Dritter hinzukommt, der durch den öffentli-

¹⁹¹ So wie dies der Fall nach dem überkommenen Art. 9 LSP war. Vgl. *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía en, S. 96.

¹⁹² *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 96.

chen Glauben des Grundbuchs geschützt wird (Art. 32, Art. 34 LH) und dessen Erwerb unanfechtbar ist (Art. 72 Abs. 2, Art. 73 Abs. 2 LC)¹⁹³.

Der Beginn eines Vollstreckungsverfahrens ist in der Regel in der Einreichung der Vollstreckungsklage durch den Gläubiger zu sehen, ohne dass hierbei das Abwarten der Vollstreckbarkeitserklärung erforderlich ist (Art. 551 LEC)¹⁹⁴. Durch eine außergerichtliche Zahlungsaufforderung wird noch kein Vollstreckungsverfahren eingeleitet. Eine vorläufige Pfändung i.S.d. Art. 727 Nr. 1 LEC ist wie jede andere vorbeugende Maßnahme vor der Klage als Aufnahme eines Vollstreckungsverfahrens zu bewerten¹⁹⁵. Außergerichtliche Vollstreckungen beginnen dann, wenn der Gläubiger das notarielle oder jeweils einschlägige Verfahren durch eine Aufforderung einleitet, die an den Notar oder an den Vollstreckungsbeamten gerichtet ist, damit dieser zum Verkauf der Sachen schreitet, ohne dass hierbei abzuwarten ist, dass der Notar oder der Vollstreckungsbeamte den Schuldner seinerseits zur Zahlung auffordert¹⁹⁶.

2. Einforderbarkeit der gesicherten Schuld

Das Ruhen setzt voraus, dass der Gläubiger die Vollstreckung aus der dinglichen Sicherheit überhaupt betreiben kann. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner bei Fälligkeit der Verpflichtung nicht erfüllt. Die Verpflichtungen des Konkursschuldners werden nur im Falle der Liquidationseröffnung vorzeitig fällig (Art. 146 LC). Die Konkursverwaltung kann zulasten der Masse diejenigen Leistungen erbringen, zu denen der Schuldner zum Zeitpunkt der Konkursöffnung verpflichtet war. Die Zahlung ist dann eine reine Verwaltungshandlung (Art. 43 Abs. 1, 61 Abs. 2, 62 Abs. 3 LC). Ist die Verpflichtung noch nicht fällig oder eine Nichterfüllung nicht gegeben, kann der Gläubiger weder die Vollstreckung noch die Verwertung der Sicherheit betreiben. Dies ergibt sich aus den hier anwendbaren allgemeinen Vorschriften über dingliche Sicherungsrechte (Art. 1858, 1872 CC, Art. 129 LH)¹⁹⁷ und nicht etwa aus den Normen des Konkursgesetzes (Art. 56, 57 LC)¹⁹⁸.

3. Anwendbarkeit spanischen Rechts auf Konkurs und dingliche Sicherheit

Die Anwendbarkeit der spanischen Konkursvorschriften (Art. 56, 57 LC) setzt ein dem spanischen Recht unterliegendes Haupt- oder Territorialkonkursverfahren voraus (Art. 10, Art. 11

¹⁹³ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1054.

¹⁹⁴ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 95.

¹⁹⁵ Vgl. auch *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 95.

¹⁹⁶ Art. 236-a. RH, 87 Nr. 2 und Nr. 3 LHMPD, Art. 16 Abs. 2 a) Ley 28/1998, Art. 322 CCom.

¹⁹⁷ Zu beweglichen Sachen Art. 16, *D.A. primera* Abs. 3 LVP und Art. 250 Abs. 1 Nr. 10 u. Nr. 11 LEC.

¹⁹⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1055.

LC, Art. 3 EuInsVO¹⁹⁹). Ebenso muss für die dingliche Sicherheit spanisches Recht gelten (Art. 10 Abs. 1 bis Abs. 4 CC). Das Ruhen bzw. die Aussetzung oder die Befugnis der abgesonderten Vollstreckung selbst ist eine Wirkung des Konkurses, die sich nach dem *lex rei sitae* richtet (Art. 201 Abs. 2, 223 Abs. 1 LC)²⁰⁰. Unterliegt das dingliche Recht einer ausländischen Rechtsordnung, ist die Anwendung der spanischen Konkursrechtsregel ausgeschlossen²⁰¹. Aus der Kollisionsnorm geht hervor, dass hinsichtlich der Konkursfolgen für dingliche Rechte eines Gläubigers oder eines Dritten, die auf jeder Art von Sachen oder Rechten des Schuldners lasten und die sich zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Gebiet eines anderen Staates befinden, ausschließlich das Recht dieses Staates gilt (Art. 201 Abs. 1 LC, Art. 5 EuInsVO)²⁰². Der Ort, an dem sich die Sachen befinden, ist trotz des Wortlauts dieser Vorschriften in der Regel jedoch nur ein Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung (ein allgemeines Kriterium, das auch von Art. 10 Abs. 1 CC aufgegriffen wird)²⁰³.

Der umgekehrte Fall, in dem das Konkursverfahren zwar einem ausländischen Recht unterworfen ist, eine der Verpflichtungen des Schuldners aber mit einem dem spanischen Recht unterliegenden dinglichen Sicherungsrecht abgesichert ist, wurde vom Konkursgesetz nicht ausdrücklich berücksichtigt²⁰⁴. Die dinglichen Sicherungsrechte, für die spanisches Recht gilt,

¹⁹⁹ Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren.

²⁰⁰ Dies unterscheidet sich von Art. 5 und 7 EuInsVO. Die dinglichen Rechte an Sachen, die sich außerhalb des Hoheitsgebietes der *lex concursus* befinden, werden vom Konkurs nicht berührt. Weder wird das Konkursrecht angewandt, noch wird notwendigerweise auf ein sekundäres Territorialverfahren verwiesen, in dem das Recht der Belegenheit Anwendung findet, so dass der Inhaber des Rechts einfach so verfahren kann, als ob kein Konkurs bestehen würden. Zu den Gründen, die diese Lösung rechtfertigen vgl. *Virgós Soriano/Garcimartín Alférez*, Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia, S. 93 ff.

²⁰¹ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1055.

²⁰² So sind weder Art. 218 Abs. 2 noch Art. 229 LC auf die dinglich gesicherten Gläubiger anwendbar. Wenn der Staat, in dem sich die Sachen befinden, diesen Gläubigern ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt, ist es nicht notwendig, dass diese die Erlaubnis des spanischen Richters einholen müssen, der für das Territorial- oder Hauptverfahren in Spanien zuständig ist. Nach Art. 229 LC kann ein Gläubiger, der in einem ausländischen Insolvenzverfahren eine teilweise Befriedigung seiner Forderung erlangt, in einem in Spanien eröffneten Konkursverfahren keine zusätzliche Befriedigung erhalten, bis nicht die übrigen Gläubiger derselben Klasse und desselben Ranges dort einen vergleichbaren Betrag erhalten haben. Jedoch würde der dinglich gesicherte Gläubiger im Ausland, der nach der Vollstreckung Inhaber einer Restforderung ist, in Spanien wie der Rest der ordentlichen Gläubiger Zahlung erhalten. Darüber hinaus ist jeder besonders privilegierte Gläubiger einziges Mitglied seiner „Klasse und seines Ranges“ und es gibt keine weiteren Gläubiger mit besonderem Privileg, die außerhalb des Konkurses keine Zahlung erhalten haben. Art. 229 LC beruht auf Art. 20 Abs. 2 EuInsVO, der aber von der Lehre als nicht anwendbar auf dinglich gesicherte Gläubiger erachtet wird. Vgl. hierzu *Virgós Soriano/Garcimartín Alférez*, Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia, S. 238.

²⁰³ Ausnahmen von dieser Regelung bestehen allerdings bei Rechten an Schiffen, Flugzeugen oder Transportmitteln des Eisenbahnverkehrs, bei denen das Recht des Ortes ihrer Registrierung gilt (Art. 10 Abs. 2 CC). Daher sind auch Situationen denkbar, in denen bestimmte dingliche Sicherungsrechte (wie die Mobiliarhypothek an Eisenbahnwagons, Art. 12 Nr. 2 LHM) der im Konkursgesetz enthaltenen Regel des Ruhens von Vollstreckungen unterworfen sind, obwohl sich die Sachen in diesem Fall tatsächlich im Ausland befinden.

²⁰⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1055.

werden von dem Inhalt oder der Ausübung der Besonderheiten des ausländischen Insolvenzrechts nicht betroffen (Art. 5 Abs. 1 EuInsVO, auch Art. 201 LC, der sich hieran orientiert).

Gleichwohl ist zu klären, ob in diesem Fall auch die Beschränkungen des spanischen Gesetzes für die Gläubiger einer dinglichen Sicherheit gelten. Es handelt sich hierbei um ein Zuordnungsproblem (Art. 12 Abs. 1 CC)²⁰⁵. Sicherlich kann eine Vollstreckung nicht initiiert werden, wenn der Schuldner eine Niederlassung in Spanien hat und die Eröffnung eines Territorialkonkursverfahrens in Spanien eingeleitet wurde (Art. 10 Abs. 3 LC und Art. 3 und 4 EuInsVO). Diese Lösung ist allerdings anzuzweifeln, wenn die belastete Sache die einzige Sache des Schuldners in Spanien ist – wie etwa in dem Fall, dass ein deutscher Insolvenzschuldner Eigentümer einer Immobilie in Spanien ist. Obwohl dogmatisch gesehen in beide Richtungen argumentiert werden kann, dürfte es schwierig sein, dass die Sache von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners oder von einer seiner Produktionseinheiten betroffen ist. Die wenigen Sachen, bei denen dieser Umstand eintreten kann, wie bei Schiffen und Flugzeugen, unterliegen einer Sonderregelung, die das Verbot der Ausübung dinglicher Klagen ausschließt (Art. 76 Abs. 3 LC)²⁰⁶ (vgl. hierzu in diesem Kapitel A.II.3.a.E.).

Zu beachten ist, dass ausländische Beschlüsse nach Art. 223 Abs. 1 LC ihre Wirkung nicht in Bezug auf die in den Art. 201 bis 209 LC erfassten Tatbestände entfalten. Dies ist insbesondere bei Art. 201 LC von Interesse, der sich auf dingliche Rechte, und damit auch auf dingliche Sicherungsrechte bezieht. Art. 201 LC lässt die *lex rei sitae* zur Anwendung kommen.

Gibt es keinen anerkannten ausländischen Konkurs und ist auch kein Konkurs in Spanien eröffnet, kann der Gläubiger in Spanien nach dem LEC vollstrecken. Art. 56 und 57 LC finden keine Anwendung, da kein relevanter Konkurs vorliegt. Wird dagegen ein ausländischer Konkurs anerkannt, ist es schwierig, eine Verbindung im Sinne von Art. 57 LC herzustellen. Wurde ein Hauptverfahren eröffnet, das in Spanien anerkannt wurde, wird Art. 56 LC hinsichtlich der in Spanien befindlichen Sache angewandt, weil der Verwalter des ausländischen Verfahrens das spanische Gesetz hinsichtlich der Bestimmungen zur Verwertung der Sachen und Rechte des Schuldners beachten muss (Art. 221 Abs. 4 LC). Außerdem hat Art. 223 Abs. 1 LC zu einer „Bilateralisierung“ von Art. 201 Abs. 1 LC geführt, die vom spanischen Richter anzuwenden ist, der das ausländische Konkursverfahren anerkennen soll²⁰⁷.

²⁰⁵ Hierzu *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S.1056.

²⁰⁶ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1056.

²⁰⁷ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 74.

4. Aufnahme der Sache in die Aktivmasse

Das Ruhen betrifft nur solche dinglichen Sicherheiten, die auf „Sachen des Konkursschuldners“ lasten. Art. 56 Abs. 1 S. 1, Art. 203 Abs. 1 LC beziehen sich somit auf Sachen und Rechte, die dem Schuldner „gehören“. Die doppelte Berechtigung des Gläubigers einer dinglich gesicherten Forderung ermöglicht in einigen Fällen die Trennung der persönlichen und der dinglichen Haftung. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die belastete Sache übertragen wird, ohne dass der Erwerber die gesicherte Verpflichtung übernimmt (Art. 1205 CC und Art. 118 LC), oder wenn die Sicherheit durch einen Dritten an seinen eigenen Sachen begründet wurde (Art. 1857 Abs. 2 CC). Der Konkursschuldner kann demnach persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung sein, ohne Inhaber der belasteten Sache zu sein. In diesem Fall gehört die Sache nicht der Aktivmasse an (Art. 76 Abs. 1 LC). Die Vollstreckung in schuldenfremde Sachen ist gesetzlich nicht eingeschränkt²⁰⁸. Der Drittbesitzer oder der Hypothekenschuldner, der kein persönlicher Schuldner ist, kann die Schuld zahlen, um eine Verwertung der Sachen zu verhindern, obwohl eine Verpflichtung hierzu nicht besteht. In dieser Konstellation wird ein Forderungsübergang angenommen (Art. 1212 CC), obwohl die Sicherheit wegen der Konfusion erloschen ist. Außerhalb dieses Mechanismus verfügt der Zahlende über einen Regressanspruch gegen den Konkursschuldner (Art. 1158 CC). Hierbei handelt es sich um ein neues Forderungsrecht gesetzlichen Ursprungs, das nach der Konkursöffnung entstanden und als Masseforderung anzuerkennen ist (Art. 84 Abs. 2 Nr. 10 LC). Das Ruhen der Vollstreckung endet für diejenigen Sachen, die nach der Konkursöffnung von der Aktivmasse getrennt werden. Gleiches gilt für Sachen und Rechte des Konkursschuldners, die vor der richterlichen Bestätigung des Vergleichs oder der Liquidationseröffnung veräußert werden (Art. 43 Abs. 2 LC). Der Aktivmasse gehören auch nicht solche Sachen an, die in fremdem Eigentum stehen und ihren berechtigten Inhabern übergeben werden (Art. 80 LC)²⁰⁹. Zugewinn und Gesamtgut haften ebenfalls nicht für die Verpflichtungen des Konkursschuldners (Art. 86 Abs. 3 LC)²¹⁰.

²⁰⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1056.

²⁰⁹ Hierzu *Mercadal Vide*, in: *Sala/Mercadal/Alonso-Cuevillas*, Nueva Ley Concursal, Art. 80, S. 409 f.

²¹⁰ *Bermejo Gutiérrez*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 86, S. 1555 f.; sowie *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, ebenda, Bd. I, Art. 56, S. 1057.

5. Aufnahme der gesicherten Forderung in die Passivmasse

a) Voraussetzung der Haftungstrennung

Das Ruhen der Vollstreckungshandlungen betrifft in jedem Fall die Forderungen, die in der Aktivmasse enthalten sind (Art. 84 Abs. 1 LC). Das Gesetz sieht aber keine allgemeine Regel für dinglich gesicherte Forderungen vor, die nicht in die Aktivmasse eingegliedert sind. Es ist daher in jedem konkreten Fall zu überprüfen, ob das Ruhen der Vollstreckung Anwendung findet oder nicht²¹¹. Die Haftungstrennung kann die Nichteingliederung der gesicherten Forderung in die Aktivmasse bewirken. Wenn der Konkurschuldner die belastete Sache erworben hat, ohne zur gleichen Zeit die gesicherte Verpflichtung zu übernehmen (Art. 1205 CC und Art. 118 Abs. 1 LH), ist er nur der so genannten dinglichen Haftung unterworfen (die streng genommen darin liegt, die Ausübung des Rechts durch den Gläubiger zu dulden)²¹².

Ist der Schuldner nicht der persönliche Schuldner der gesicherten Verpflichtung, wird diese nicht in die Passivmasse aufgenommen²¹³. Das Ruhen wird hier vom Gesetz ausgeschlossen, da die Konkurseröffnung eine Vollstreckung aus der Sicherheit dann nicht erfasst, „wenn der Konkurschuldner Drittbesitzer der Sache ist“ (Art. 56 Abs. 4 LC). Der Begriff des „Drittbesitzers“ ist im Konkursgesetz nicht definiert, findet sich aber in den allgemeinen Gesetzen²¹⁴. Mit „Drittbesitzer“ i.S.d. Konkursgesetzes ist aber nicht der dritte Hypothekengläubiger im Sinne des Art. 34 LH gemeint, der den öffentlichen Glauben des Eigentumsregisters genießt, sondern der Drittbesitzer des hypothekarisch belasteten Grundstücks (Art. 112, 114, 118 LH sowie Art. 613, 662²¹⁵, 685 Abs. 1, 686 Abs. 1 und 2, Art. 698 LEC). Dieser ist der Eigentümererwerber, der nicht in die hypothekarisch gesicherte Verbindlichkeit eintritt²¹⁶ und der die Belastung kennt und duldet. Nicht erforderlich ist, dass der Erwerb entgeltlich erfolgt und der Erwerber sein Recht eintragen lässt²¹⁷. Der Drittbesitzer befindet sich zwar im Konkurs und alle seine Gläubiger werden mit Konkurseröffnung in die Konkursmasse eingegliedert. Die Eröffnung darf aber keine anderen Gläubiger belasten, die persönlich mit dem Schuldner

²¹¹ So *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1057.

²¹² *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56 S. 1057.

²¹³ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 84; *ders.*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 602.

²¹⁴ So in Art. 112, 113, 114, 115 Abs. 3, 120 und 126 LH. Vgl. hierzu auch *Díez Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Bd. III, S. 456 ff.

²¹⁵ Art. 662 LEC, der ebenfalls den Drittbesitzer regelt, hier den Erwerber des Nutzungsrechts oder des Nutzungseigentums, oder auch des bloßen Eigentums oder des mit Erbpacht belasteten Eigentums erfasst.

²¹⁶ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1057.

²¹⁷ So *Mairata Laviña*, in: *Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho concursal, S. 305 f.; *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1448 f. Zum Begriff des Drittbesitzers vgl. auch *Díez-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Bd. III, S. 456 ff.

verbunden sind. Für die Schuld des Drittbesitzers haftet nur die hypothekarisch belastete Sache²¹⁸.

Der Interessenkonflikt zwischen dem Gläubiger einer dinglichen Sicherheit und der Masse besteht unabhängig davon, ob es sich bei dem Konkursschuldner um einen Drittbesitzer handelt oder nicht. In beiden Fällen setzt die Vollstreckung aus der Sicherheit eine Aufspaltung des schuldnereischen Vermögens voraus²¹⁹. Für die Gläubiger einer dinglichen Sicherheit stellt die vom Gesetz vorgesehene unterschiedliche Handhabung der Trennung von dinglicher und persönlicher Haftung einen besonderen Schutzmechanismus her. Unter Anwendung der allgemeinen Regel kann jeder Schuldner die Stellung des Gläubigers durch die Übertragung der belasteten Sachen an einen Konkursschuldner oder eine kurz vor der Insolvenz stehende Person beeinträchtigen. Der Gläubiger, der eine dingliche Klage aufgrund der Sicherheit erheben will, sieht sich dementsprechend blockiert. Bei dinglichen Mobiliarsicherheiten verlangt die Übertragung der belasteten Sache die Zustimmung des Gläubigers²²⁰. Bei Immobiliarsicherheiten ist die Lösung umgekehrt. Die Begründung eines dinglichen Sicherungsrechts begrenzt weder die gesetzlichen Befugnisse des Grundstücksinhabers (Art. 118 LH) noch kann ein Verfügungsverbot vereinbart werden (Art. 26, 27 LH). In eben diesem Sinne hat auch wiederholt die DGRN entschieden²²¹. Da das Konkursgesetz keine Ausnahme von der allgemeinen Regel des Ruhens enthält, kann der Gläubiger, der keinerlei Kontrollmöglichkeit über die Verfügung hat, lediglich den Klageweg der Aufhebung des Vertrages wegen Gläubigerbenachteiligungsabsicht (Art. 1297 CC) einschlagen. Da es sich hierbei jedoch nur um eine hilfsweise erhobene Klage handelt (Art. 1294 CC), mangelt es diesem Rechtsbehelf häufig an Effektivität. Die Klage wird in jedem Fall vor dem Konkursrichter verhandelt (Art. 86 Abs. 1 Nr. 1 LOPJ und Art. 8 Nr. 1 LC)²²².

Hat der Konkursschuldner ein hypothekarisch belastetes Grundstück erworben und den Betrag der gesicherten Verpflichtung von dem Kaufpreis abgezogen oder zurückbehalten, und hat der Schuldner (Veräußerer) die Verpflichtung bei Fälligkeit befriedigt, tritt dieser in die Rechte des Gläubigers ein, bis der zurückbehaltene oder abgezogene Betrag erstattet ist (Art. 118 Abs. 2 LH). Der Eintritt bewirkt die Übertragung der Inhaberschaft der Forderung mit den ihr anhängenden Rechten, wie dies bei dinglichen Sicherheiten der Fall ist (Art. 1212 CC). Die Verwertung der Sicherheit durch den neuen Gläubiger ist ebenfalls der Vollstre-

²¹⁸ *Vázquez Iruzubieta*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 529; *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7; *Jiménez Savurido*, La nueva Regulación Concursal, Art. 56, S. 196.

²¹⁹ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1057.

²²⁰ Art. 4 LHM und Art. 7 Nr. 10 und Nr. 11 LVPBM.

²²¹ Entscheidungen der DGRN, zuletzt 27.1.1986, 8.11.1991, 24.4.1992 und 15.7.1998.

²²² *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1058.

ckungsaussetzung unterworfen. Das Gesetz verlangt nicht, dass der Konkurschuldner ein Hypothekenschuldner ist, der kein Zahlungsschuldner ist. In diesem Fall muss der Gläubiger die Möglichkeit haben, die Identität und die Solvenz desjenigen zu bewerten, der die Sicherheit bestellt. Hierdurch wird aber die gesetzliche Ausnahme im Konkursfall des Drittbesitzers nicht ausgeweitet²²³. Das Schweigen des Gesetzes ist bezeichnend, da die Konzepte des „Drittbesitzers“ und des „Hypothekenschuldners, der kein Forderungsschuldner ist“ wohlbekannte Kategorien sind und in der spanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung auch eine genaue Abgrenzung gefunden haben. Dessen ungeachtet unterliegt aber die zugunsten einer fremden Schuld vorgenommene Bestellung einer dinglichen Sicherheit, die innerhalb der letzten beiden Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgt, den Anfechtungsregeln²²⁴.

Soweit die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten nicht von der Konkurseröffnung beeinflusst ist, kann die Konkursverwaltung nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen, die gesicherte Forderung zulasten der Masse und ohne Verwertung der belasteten Sache zu erfüllen (Art. 56 Abs. 3, Art. 155 Abs. 2 LC)²²⁵.

b) Forderungen gegen die Masse

Forderungen gegen die Masse werden nicht in die Aktivmasse aufgenommen (Art. 84 LC). Es ist möglich, dass diese Forderungen mit einer dinglichen Sicherheit besonders gesichert sind. Das Konkursgesetz sieht in einigen Fällen die Umwandlung einer dinglich gesicherten Konkursforderung in eine Forderung gegen die Masse vor. Die Konkursverwaltung kann sich für die Übernahme der Zahlung der besonders privilegierten Forderungen „zulasten der Masse und ohne Verwertung der Sachen“ entscheiden, um die Gesamtheit der Tilgungsraten und fälligen Zinsen zu befriedigen. Sie muss dann aber auch „die Verpflichtung, die folgenden [Forderungen] als Forderungen gegen die Masse zu erfüllen“, übernehmen (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7, 155 Abs. 2 LC). Diese Möglichkeit ist auf dingliche Sicherheiten begrenzt, die auf Sachen ruhen, die von der schuldnerischen Tätigkeit betroffen sind. Kommt es zur Nichterfüllung,

²²³ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S.1058.

²²⁴ Die Bestellung der Sicherheit ist daher trotz fehlender Benachteiligungsabsicht aufhebbar (Art. 71 Abs. 1 LC). Der Vermögensschaden wird gesetzlich vermutet, ein Gegenbeweis ist aber zulässig (Art. 70 Abs. 3 Nr. 2 LC, der nicht danach unterscheidet, ob es sich um eine eigene oder eine fremde Verpflichtung handelt, die abgesichert ist. Vgl. hierzu auch die Ausführungen im 5. Kapitel A.XI.

²²⁵ Der Grund für den Ausschluss der in Art. 56 Abs. 3 LC vorgesehenen Option ist der, dass diese „während des Ruhens der Verfahren und der Aussetzung der Vollstreckungshandlungen“ ausgeübt werden muss, wozu es nicht kommt, wenn der Konkurschuldner ein Drittbesitzer ist. Obwohl einige Autoren daran festhalten, stellt die Tatsache, dass der Inhaber der Sicherheiten weder ein Gläubiger noch der Konkurschuldner ist, kein endgültiges Argument dar. So *Mairata Laviña*, *Diario La Ley*, Año XXIV (2003), Nr. 5743, v. 20. 3. 2003, Fn. 84; dem folgend *Herrera Cuevas*, *Manual de la reforma concursal*, S. 331 f.; *Herbosa Martínez*, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

werden die Sachen zur Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen verwertet (Art. 155 Abs. 2 S. 3 LC).

Die Umwandlung einer besonders privilegierten Forderung in eine Forderung gegen die Masse bringt aber nur einen relativen Vorteil. Denn bei einer besonders privilegierten Forderung ergibt sich der Zahlungsvorrang aus dieser selbst. Bei der Umwandlung in eine Masseforderung wird die Befriedigung der Forderung jedoch von deren Fälligkeit abhängig gemacht²²⁶. Die Möglichkeiten der Konkursverwaltung sind außerdem begrenzt, da diese maßgeblich vom Volumen der Konkursmasse abhängen. Eine Erfüllung als Masseforderung erscheint praktisch nicht unmöglich. Denkbar ist dies etwa bei einer unmittelbar bevorstehenden Insolvenz, bei der die Masse für die Erfüllung der Zahlungen voraussichtlich ausreicht (Art. 2 Abs. 3 LC)²²⁷.

Als Forderungen gegen die Masse werden ebenso Darlehensforderungen und weitere Forderungen zugunsten des Konkursschuldners erachtet, die innerhalb der letzten drei Monate vor der Konkurseröffnung fällig geworden sind und von der Konkursverwaltung zu erstatten sind. Die Konkursverwaltung muss im Moment der Erstattung die geschuldeten Beträge begleichen und die künftigen Zahlungen zulasten der Masse vornehmen (Art. 68, 84 Abs. 2 Nr. 7 LC). Die Erstattung der Forderung lässt eine gegebenenfalls zu ihren Gunsten bestellte dingliche Sicherheit fortbestehen²²⁸. Zu den Masseforderungen zählen auch gegenseitige Verbindlichkeiten zulasten des Konkursschuldners, die wirksam bleiben (Art. 61 Abs. 2, 84 Abs. 2 Nr. 6 LC) sowie solche, die sich nach Konkurseröffnung aus Erstattungs- oder Entschädigungsverpflichtungen im Falle einer freiwilligen Auflösung oder wegen Nichterfüllung des Konkursschuldners ergeben (Art. 62 Abs. 4, 84 Abs. 2 Nr. 6 LC). Einer Absicherung der gegenseitigen Verbindlichkeiten oder der Erstattungsverpflichtungen durch eine dingliche Sicherheit zulasten des Konkursschuldners steht nichts entgegen²²⁹.

Eine allgemeine Handhabe der dinglich gesicherten Forderungen gegen die Masse ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Grundsätzlich unterliegen Vollstreckungen aus Forderungen gegen die Masse einer eigenen Regel des Ruhens, die der Vollstreckungsregel für Konkursforderungen sehr ähnlich ist (weshalb Art. 154 Abs. 2 LC und nicht Art. 56 Abs. 1 LC anzuwenden ist). Ausnahmen von dieser Regel sind aber möglich. Entscheidet sich die Konkursverwaltung für die Zahlung der besonders privilegierten Forderungen zulasten der Masse, ohne dass die Sachen verwertet werden, ermöglicht es das Gesetz, dass die belasteten Sachen

²²⁶ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2735.

²²⁷ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1457.

²²⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1059.

²²⁹ Etwa durch eine auflösende Bedingung. Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1059.

im Falle der Nichterfüllung verwertet werden, um die besonders privilegierten Forderungen zu befriedigen. Dies ist selbst dann möglich, wenn die Fristen, die die Beendigung des Ruhens bestimmen, noch nicht abgelaufen sind (Art. 155 Abs. 2 LC). Diese Regel muss auf die dinglich besonders gesicherten Erstattungsforderungen ausgedehnt werden, da die Voraussetzungen für die Anwendung der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften identisch sind²³⁰. Zudem wird nicht verlangt, dass die Fälligkeit erst nach Konkurseröffnung eingetreten ist²³¹.

VI. Wirkung des Ruhens

1. *Ruhen der Vollstreckung*

Die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten ruht, wenn diese auf Sachen lasten, die von der Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen sind. Aufgrund der Konkurseröffnung sind die Gläubiger von dinglichen Sicherheiten, die auf derartigen Sachen lasten, folglich an der „Einleitung einer Vollstreckung oder einer Zwangsverwertung durch Wegnahme der Sicherheit“ gehindert (Art. 56 Abs. 1 und 2 LC)²³². Die genaue Bedeutung dieser Formulierung hängt in jedem Fall von dem konkreten Inhalt des dinglichen Rechts und der Art seiner Ausübung ab. Da es sich um Sachverwertungsrechte handelt, setzt die Unmöglichkeit, eine Zwangsvollstreckung einzuleiten, voraus, dass der Gläubiger eine Veräußerung der hypothekarisch oder pfandrechtlich belasteten Sache zur Befriedigung seiner Forderung nicht einleiten kann (Art. 1858 CC). Das Ruhen betrifft sowohl gerichtliche als auch außergerichtliche Vollstreckungsverfahren²³³. Bei einer ausdrücklich vereinbarten auflösenden Bedingung kann der Verkäufer nicht das Eigentum an der verkauften Immobilie wiedererlangen, wenn die Kaufpreiszahlung ausbleibt (Art. 1114, 1504 CC und Art. 11, 37 Nr. 1 LH)²³⁴.

Zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht aufgenommene Vollstreckungen ruhen (Art. 56 Abs. 1 LC) und bereits eingeleitete Vollstreckungshandlungen werden ausgesetzt (bis auf die in Art. 56 Abs. 2 S. 2 LC vorgesehene Ausnahme)²³⁵. Die nach der Konkurseröffnung eingeleiteten Vollstreckungshandlungen sind nichtig, unabhängig davon, ob der Vollstre-

²³⁰ Die Voraussetzungen sind: vorzeitiges Fälligwerden einer Forderung wegen Ausbleiben der Tilgungsraten oder der fälligen Zinsen, Art. 68 Abs. 1 und 155 Abs. 2 LC

²³¹ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1059.

²³² Vgl. hierzu auch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 890 ff.

²³³ In Verbindung mit den auf Ratenzahlung unter Eigentumsvorbehalt oder unter Verfügungsverbot verkauften Sachen erfordert das Ruhen der Verwertung, dass der Verkäufer oder Finanzträger weder die Herausgabe der Sachen geltend macht, noch die Vollstreckung durch Versteigerung der von dem Schuldner ausgehändigten Sachen einleiten kann (Art. 16 LVPBM, Art. 250 Nr. 10 u. Nr. 11 LEC). Der Leasinggeber kann daher die Herausgabe der beim Finanzierungsleasing überlassenen Sachen nicht verlangen (*D.A. primera* Abs.3 LVPBM und Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC).

²³⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1060.

²³⁵ Hierzu die Ausführungen in diesem Kapitel B.VIII.2.

ckungsgläubiger oder das Vollstreckungsorgan von dem Konkurs Kenntnis hatte oder nicht²³⁶. Das Ruhen bzw. die Aussetzung ist zeitlich begrenzt. Es dauert nur solange an, bis ein Vergleich angenommen wird, dessen Inhalt die Ausübung dieses Rechts nicht betrifft, oder ein Jahr seit der Konkurseröffnung vergangen ist, ohne dass hierbei die Liquidation eröffnet wurde. Die Beschränkung betrifft ausschließlich die Ausübung des Rechts und verändert daher weder dessen Gestaltung, dessen Inhalt noch dessen Rang²³⁷. Ist der Vergleich angenommen oder die Frist abgelaufen, kann der Gläubiger in die Sachen vollstrecken, unabhängig davon, wer deren Besitzer ist (Art. 104 LH, Art. 16 LHM). Gleiches gilt, wenn die Sachen während des Konkurses veräußert (Art. 43 Abs. 2 LC) oder an einen Dritten nach Maßgabe des Vergleichs übertragen wurden (Art. 100 Abs. 2 S. 2 LC) oder bei einer Fusion oder Spaltung des insolventen Unternehmens (Art. 100 Abs. 3 LC). Das Ruhen bzw. die Aussetzung bezieht sich nur auf die Vollstreckung dinglicher Klagen aus Sicherheiten, berührt aber nicht die Erhebung persönlicher Klagen des Gläubigers, wie etwa die der Auflösungsklage wegen Nichterfüllung gegenseitiger Verträge (Art. 1124 CC, Art. 62 LC)²³⁸.

2. Ausübung der verbleibenden Rechte einer dinglichen Sicherheit durch ihren Inhaber

Das Gesetz hindert den Gläubiger ab der Konkurseröffnung daran, eine „Vollstreckung oder Zwangsverwertung“ zu betreiben. Bei Sachverwertungsrechten kann er das *ius vendendi* nicht mehr ausüben. Bei den weiteren Formen einer dinglichen Sicherheit ist ihm das Recht auf Wiedererlangung der Sache verwehrt. Art. 56 LC erstreckt sich somit nur auf die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten und vergleichbaren Rechten. Andere Vollstreckungsformen richten sich nach Art. 55 LC. Keine der Aussetzungsregeln betrifft jedoch die Ausübung der verbleibenden Rechte²³⁹, die den Inhalt dinglicher Sicherungsrechte bilden²⁴⁰. Die gesetzlichen Rechte, die verschiedenster Art sein können, bleiben von der Konkurseröffnung unberührt. Das Forderungsrecht kann übertragen werden²⁴¹ und die dinglichen Sicherheiten gehen

²³⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 96, 97.

²³⁷ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1060.

²³⁸ Vgl. hierzu auch Martínez Flórez, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 62, S. 1163; sowie Sánchez Rus/Sánchez Rus, ebenda, Art. 56, S. 1060.

²³⁹ Carrasco Perera, in: Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 589.

²⁴⁰ Die Lösung der abgesonderten Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten im italienischen Recht (Art. 53 *Legge Fallimentare*) ähnelt der in der deutschen InsO. Anders stellt sich dagegen die Situation im englischen und amerikanischen Recht dar. Der Anwendungsbereich des *stay* ist hier viel weiter. So legt Sect. 10 (1) des englischen *Insolvency Act* fest, „no steps may be taken to enforce any security“. Nach Sect. 362 (a) des U.S.amerikanischen *Bankruptcy Code* umfasst der *automatic stay* jegliche „action, proceeding, enforcement, any act to obtain possession, any act to exercise control, any act to enforce, create or perfect any lien, any act to collect or recover“. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts des im Besitz des Gläubigers befindlichen Vermögens kann bereits als Nichterfüllung des *stay* betrachtet werden. Vgl. hierzu auch Goode, Principles of Insolvency Corporate Law, S. 291 ff., 301 ff.

²⁴¹ Nach der allgemeinen Regel in Art. 1112 CC.

als akzessorische Rechte mit der abgetretenen Forderung über (Art. 1528 CC). Die Übertragung der mit einer Immobiliehypothek gesicherten Forderung kann daher im Grundbuch eingetragen werden (Art. 149 LH)²⁴². Es können auch Geschäfte abgeschlossen werden, die den Hypothekenrang abändern. Die Änderung des Ranges richtet sich nach der generellen Regel (Art. 241 RH), die sowohl die Einwilligung des Inhabers der dinglichen Sicherheit, die im Rang zurücktreten soll, als auch die der übrigen Inhaber der dinglichen Rechte, die hiervon betroffen sind, verlangt. Eine Änderung des Ranges der dinglichen Rechte kann dagegen nicht durch einen Vergleich zwischen Konkursschuldner und Gläubigern erfolgen. Die Gläubiger einer dinglichen Sicherheit genießen in diesem Punkt einen verstärkten Schutz. Sie unterliegen weder dem Vergleich (Art. 123, 134 LC), noch kann der Vorschlag eine Änderung der vom Konkursgesetz vorgegebenen Klassifizierung der Forderungen enthalten (Art. 100 Abs. 3 LC). Der Richter hat die Zulassung eines Vergleichsvorschlags abzulehnen, wenn dessen Inhalt gegen das Gesetz verstößt (Art. 106 Abs. 3 LC)²⁴³.

Die Konkurseröffnung nimmt dem Inhaber eines dinglichen Rechts nicht die Möglichkeit, seine gesetzlich eingeräumten Verteidigungs- und Erhaltungsrechte auszuüben. Er kann das belastete Grundstück abgrenzen (Art. 384 S. 2 CC), sein Recht gegenüber demjenigen, der es stört oder nicht anerkennt, prozessrechtlich verteidigen (Art. 1869 Abs. 2 CC i.V.m. Art. 10 LEC), die Berichtigung des Registers im Falle einer falschen Eintragung verlangen (Art. 40 LH) oder Prozessen bzw. Rechtsstreiten beitreten, die die Übernahme des Rechts (wie die Flurbereinigung) oder eine Entschädigung (wie die Enteignung) veranlassen können. Derjenige Gläubiger, der Forderungen aus einem Bauwerk hat (*acreedor refaccionario*), kann die Umwandlung seiner Vormerkung in die Eintragung einer Hypothek (Art. 93 Abs. 1 LH) verlangen²⁴⁴. Im Falle einer Hypothek kann der Gläubiger eine Unterlassungsklage wegen Verschlechterung des Grundstücks erheben und gerichtlich die Anordnung von Maßnahmen beantragen, die die materielle Verschlechterung der hypothekarisch belasteten Immobilien verhindern (Art. 117 LH), wenn die Verschlechterung auf einer schlechten Führung durch den Konkursschuldner oder durch die Konkursverwalter beruht²⁴⁵. Für die Verhandlung der Klage ist der Konkursrichter zuständig (Art. 86 Abs. 1 Nr. 4 LOPJ, Art. 8 Nr. 4 LC). Ebenso wenig berührt die Eröffnung des Konkursverfahrens die Befugnis des Gläubigers, die hypothe-

²⁴² Auch ist die Übertragung einer Forderung, die mit einer Mobiliehypothek oder einem besitzlosen Pfandrecht gesichert ist, im Mobilieregister eintragbar (Art. 8 LHM).

²⁴³ Hierzu *Rojo Fernández-Rio*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. II, Art. 106, S. 1965 und auch *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, ebenda, Bd. I, Art. 56, S. 1061.

²⁴⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1061.

²⁴⁵ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 83; *ders.*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 589.

karisch belastete Sache zu überprüfen. Durch dieses vom Gesetz vorgesehene Mittel kann er den Zustand der „Verschlechterung“ oder „Wertminderung“ der Immobilie feststellen (Art. 117 Abs. 1, 1. HS. LH). Hinsichtlich der Befugnis, die Verwaltung des Grundstücks oder der hypothekarisch belasteten Sache zu beantragen (Art. 690 LEC), ist die Anordnung des Konkursgerichts zu befolgen (Art. 690 Abs. 5 LEC). Die Konkurseröffnung verändert nicht die sich aus der allgemeinen Regel ergebende objektive Erstreckung der Hypothek auf den Eigentumserwerb durch natürliche Ereignisse – wie etwa Verwendungen zur Verbesserung des Grundstücks. Hierzu gehören auch die vom Eigentümer aufgrund der hypothekarischen Belastung der Sache erlangte oder ihm zustehende Entschädigungssumme (Art. 109 LH) bzw. die aus einem Versicherungsvertrag im Schadensfalle erlangte Summe oder eine aufgrund der Enteignung erhaltene Entschädigungssumme (110 Nr. 2 LH)²⁴⁶. Demgegenüber kann der Gläubiger keine „Erweiterung der Hypothek“ in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen verlangen, etwa um noch ungesicherte fällige und nicht geleistete Zinsen abzusichern (Art. 114, 115 LH) – bei Unzulänglichkeit der gesetzlich eingetragenen Hypotheken (Art. 163 LH) oder bei Wertminderung der hypothekarisch belasteten Immobilie bei einem dem Gesetz über den Hypothekenmarkt unterliegenden Darlehen (Art. 5 Abs. 3 LHM)²⁴⁷. Trotz der hier verwendeten Formulierung handelt es sich nicht um eine „Erweiterung“, sondern um die Begründung einer zusätzlichen hypothekarischen Sicherheit (mit dem jeweils entsprechenden Rang, Art. 115 Abs. 2 LH). Die Erweiterung würde die Stellung der Forderung verändern, so dass aus einer gewöhnlichen Forderung eine privilegierte Forderung würde. Dies aber liefe der konkursrechtlichen Regelung entgegen (Art. 100 Abs. 3 LC)²⁴⁸.

Weder das Beziehen von Früchten, die von der Immobilie abgeworfen worden sind (Antichrese), noch die Zurückbehaltung von Sicherheitsleistungen (Finanzierungsleasing) stellen die Vollstreckung aus einer dinglichen Sicherheit dar²⁴⁹. Maßnahmen gegen einen Dritten stellen ebensowenig eine Vollstreckung dar, wenngleich für die Schuld des insolvent gewordenen Schuldners ein subsidiärer Sicherungsgeber auftritt.

²⁴⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 83; Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1061.

²⁴⁷ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1061.

²⁴⁸ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1061.

²⁴⁹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 83.

3. Möglichkeit der Forderungserfüllung und ihre Auswirkung auf dingliche Sicherheiten

Der Gesetzgeber spricht in den Gründen des Konkursgesetzes²⁵⁰ davon, dass die Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen flexibel geregelt wurde, um im Interesse der Konkursmasse die Verwertung der betroffenen Sachen und Rechte zu vermeiden bzw. diese nur unter Fortbestand der Belastung oder durch Direktverkauf zu gestatten.

Während die Vollstreckungsverfahren ruhen bzw. die Vollstreckungshandlungen ausgesetzt sind (Art. 56 Abs. 1 und 2 LC), kann sich die Konkursverwaltung für die Zahlung der besonders privilegierten Forderungen zulasten der Masse entscheiden, ohne dass hierbei die belasteten Sachen und Rechte verwertet werden (Art. 56 Abs. 3 und 155 Abs. 2 S. 1 LC)²⁵¹. Die Befugnis kann nur bis zur Annahme eines Vergleichs, dessen Inhalt die Ausübung der Rechte nicht betrifft, oder bis zum Ablauf eines Jahres ab der Konkurseröffnung ausgeübt werden, ohne dass die Liquidation eröffnet wurde. Die Konkursverwaltung muss den Forderungsinhabern diese Entscheidung mitteilen. Nach der Zahlung hat sie die Gesamtheit der Tilgungsraten und fälligen Zinsen unverzüglich zu befriedigen (sowohl die normalen Zinsen als auch die Verzugszinsen) und sich zu verpflichten, die künftigen Raten und Zinsen als Forderungen gegen die Masse zu erfüllen (Art. 155 Abs. 2, 84 Abs. 2 Nr. 7 LC)²⁵². Kommt sie dieser Verpflichtung später nicht nach, können die Gläubiger aus den Sicherheiten vorgehen, um die Summe zu befriedigen (Art. 155 Abs. 2 LC)²⁵³.

Art. 56 Abs. 3 LC hat folgende Verpflichtung vor Augen: die Hauptsumme oder die Zinsen sind in wiederkehrenden Raten zu leisten und das Ausbleiben einer Ratenzahlung bewirkt die vorzeitige Fälligkeit der Forderung (Art. 693 Abs. 1 S. 2 LEC). Es ist nicht erforderlich, dass die Fälligkeit nach Konkurseröffnung eintritt. Denn die Forderungen aus dinglich gesicherten Darlehen, die in den letzten drei Monaten vor Konkurseröffnung vorzeitig fällig geworden sind und von der Konkursverwaltung zu erstatten sind, unterliegen derselben Regelung (Art. 68 LC). Werden die Tilgungsraten und Zinsen pünktlich befriedigt (entweder durch den Schuldner oder durch die Konkursverwaltung zulasten der Masse), sind keine Fristen für die Ausübung dieses Rechts vorgegeben. Die vorzeitige Fälligkeit ist dann noch nicht eingetreten, so dass der Gläubiger eine Vollstreckungsklage nicht anstrengen kann.

²⁵⁰ Begründung des Konkursgesetzes III., B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26908.

²⁵¹ Diese Möglichkeit der Konkursverwaltung kritisch betrachtend *Sala Alacaide*, in: *ders./Mercadal/Alonso-Cuevillas*, Nueva Ley Concursal, S. 678, 684.

²⁵² *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8; *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1062.

²⁵³ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1062.

Übt die Konkursverwaltung ihr Recht nach Art. 56 Abs. 3 i.Vm. Art. 155 Abs. 2 LC aus, erfährt sowohl die Forderung als auch das dingliche Recht eine Änderung. Das dingliche Recht sichert dann eine Masseschuld ab. Bei einer Hypothek sind die Änderung der Forderung und die Zahlung einzutragen (Art. 144 LH, Art. 240 RH). Solange die Schuld nicht vollständig befriedigt ist, wird aber weder die dingliche Sicherheit selbst noch deren Eintragung gelöscht. Das Recht der Konkursverwaltung soll vermeiden, dass der Gläubiger die Verwertung der Sicherheiten betreibt, sobald das Ruhen oder die Aussetzung beendet ist. Dies zeigt sich an der Formulierung „ohne Verwertung der Sachen“²⁵⁴. Der Gläubiger soll daran gehindert werden, eine Einzelvollstreckung wegen ausbleibender Raten zu betreiben, weil diese im Verhältnis zur gesicherten Gesamtverbindlichkeit nur einen Bruchteil ausmachen.

Erfüllt die Konkursverwaltung die Forderungen später nicht, werden die belasteten Sachen und Rechte verwertet, um die besonders privilegierten Forderungen zu befriedigen (Art. 155 Abs. 2 S. 3 LC). Aus dieser Vorschrift lässt sich allerdings nicht das Recht auf Sonderverwertung frei von der anfänglich begründeten dinglichen Sicherheit zugunsten des privilegierten Gläubigers ableiten. Die Vorschrift bedeutet vielmehr, dass der Gläubiger die Verwertung der Sicherheit betreiben kann, obwohl die Fristen für die Beendigung des Ruhens noch nicht abgelaufen sind, die Konkursverwaltung das besagte Recht ausgeübt hat, eine Erfüllung aber nicht erfolgt ist. Es handelt sich daher um eine Ausnahme von der Grundregel für die Masseforderungen. Diese unterliegen nämlich einer ebensolchen zeitlichen Beschränkung hinsichtlich der Einleitung von Vollstreckungen zur Forderungseinziehung (Art. 154 Abs. 2 S. 3 LC).

Die Nichterfüllung kann vor der Eröffnung der Liquidation liegen, weil die Konkursverwaltung ihr Recht „in jedem Stadium des Konkursverfahrens“ ausüben kann (Art. 56 Abs. 3 LC). In diesem Fall wird die Verwertung der Sachen vor dem Konkursrichter in einem getrennten Verfahren zu Ende geführt, und bei den Vollstreckungshandlungen werden die entsprechenden Normen des jeweiligen gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahrens angewendet (Art. 57 Abs. 1 LC). Ist die Liquidationsphase eröffnet, kann die Veräußerung der Sachen nur noch im Gesamtvollstreckungsverfahren erfolgen, und der Gläubiger muss durch die belasteten Sachen und Rechte befriedigt werden (Art. 57 Abs. 3, 155 Abs. 1 LC)²⁵⁵.

Die Option der Konkursverwaltung, die besonders privilegierten Forderungen zulasten der Masse zu befriedigen und hierbei eine Verwertung der belasteten Sachen zu vermeiden, kann jedoch auch zu Nachteilen führen. Wird nämlich die besonders privilegierte Forderung vollständig bezahlt, ohne den genauen Wert der belasteten Sache zu kennen, kommt es zu einer

²⁵⁴ Hierzu *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1062.

²⁵⁵ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1063.

übermäßigen Verminderung der Aktivmasse. Es werden Forderungen befriedigt, die zum Teil gar nicht von einem besonderen Privileg geschützt sind, da der tatsächliche Wert der Sache für eine vollständige Befriedigung der Forderung nicht ausreichen würde²⁵⁶. Im Vergleich zu allgemein privilegierten Forderungen würden diese Restforderungen aber einen niedrigeren Rang einnehmen. Denn der durch die belasteten Sachen nicht befriedigte Teil besonders privilegierter Forderungen ist mit den einfachen Forderungen zu befriedigen (Art. 157 Abs. 2 LC).

4. Zinslauf

Im Zusammenhang mit dem Ruhen des Vollstreckungsverfahrens dinglicher Sicherheiten ist noch kurz auf die Regelung in Art. 59 LC hinzuweisen. Grundsätzlich wird vom Konkursöffnungsbeschluss an auch der Lauf der gesetzlichen und vertraglichen Zinsen ausgesetzt. Hiervon ausgenommen sind aber ausdrücklich Zinsen, die auf dinglich gesicherte Forderungen im Umfang der jeweiligen Sicherheit entfallen (Art. 59 Abs. 1 S. 1 LC)²⁵⁷.

VII. Beendigung des Ruhens

1. Wegfall der Betroffenheit

Ändert sich die Sachlage während des Konkursverfahrens und fallen die Voraussetzungen für das Ruhen der Vollstreckung weg, kann der Gläubiger die Sicherheit verwerten. Verliert die Sache ihre Betroffenheit, ist eine derartige Änderung gegeben. Die Sicherheit liegt dann nicht mehr im sachlichen Geltungsbereich der gesetzlichen Vorschriften (Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC). Denn die von der Sicherheit erfassten Sachen sind aufgrund der Verfahrensereignisse nicht mehr als von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners betroffen oder als seiner Produktionseinheit zugehörig anzusehen²⁵⁸. In gleicher Weise führt die Veräußerung der Sachen (Art. 43 Abs. 2 LC) oder deren Trennung von der Aktivmasse dazu, dass jegliche sich aus der Konkursituation ergebenden Beschränkungen wegfallen.

Mit der Beendigung des Konkursverfahrens wird auch das Ruhen der Vollstreckungen beendet (Art. 176 LC). Denn das Ruhen der Vollstreckungsverfahren ist nur eine Folge der Konkursöffnung. Hat der Konkursrichter die Schließung des Unternehmens angeordnet (Art. 44 Abs. 4 LC) und liegt eine völlige Entwertung der Vermögensgegenstände vor, auf denen die besitzlosen Sicherheiten lasten, sind diese nicht mehr „betroffen“ i.S.v. Art. 56 Abs. 1 LC.

²⁵⁶ Rogel Vide, in: Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33,43.

²⁵⁷ Vgl. hierzu auch im 5. Kapitel A.VIII.

²⁵⁸ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1063.

Eine ähnliche Situation ergibt sich bei Art. 176 Abs. 1 Nr. 4 LC, da dort der Konkursrichter den Konkurs mangels Masse für beendet erklärt. Ein gesicherter Gläubiger kann dann beim Konkursrichter die Konkursbeendigung beantragen. Die Vollstreckung kann daraufhin fortgesetzt werden bis der Konkurs wiedereröffnet oder ein neues Konkursverfahren eingeleitet wird (Art. 178 Abs. 2 LC)²⁵⁹.

Bei einem Vergleich ist die Vollstreckungsfortsetzung erst dann möglich, wenn der Vergleich gerichtlich bestätigt worden ist²⁶⁰. Ein dinglich gesicherter Gläubiger kann deshalb nicht schon dann in die Sache vollstrecken, wenn er der Konkursverwaltung formell mitgeteilt hat, dass er dem Vergleich nicht zustimmt und damit nicht an den Vergleich gebunden ist.

2. Ablauf der gesetzlichen Fristen

Die Beschränkung, die die Gläubiger bei der Ausübung ihres Rechts erdulden müssen, ist zeitlich begrenzt. Sie endet mit Ablauf der gesetzlichen Fristen in Art. 56 Abs. 1 LC²⁶¹. Fristablauf ist gegeben, wenn ein Vergleich angenommen wird, der den Inhalt der dinglichen Sicherheiten nicht betrifft, oder aber ein Jahr seit der Konkurseröffnung vergangen ist, ohne dass in dieser Zeit die Liquidation eröffnet wurde²⁶². Es soll vermieden werden, dass die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten einen Vergleich verhindert, der die Konkursinteressen begünstigt. Denn es wird befürchtet, dass die Verwertung der dinglichen Sicherheiten das Schuldnervermögen aufbrauchen könnte²⁶³. Die Eröffnung der Vergleichsphase (Art. 111 LC) hat allerdings noch keine Auswirkung auf die Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten. Die Folgen der Konkurseröffnung enden vielmehr erst mit der Wirksamkeit des Vergleichs, d.h. mit dem Bestätigungsurteil (Art. 133 Abs. 1 und 2 LC). Der Konkursrichter kann aber die Aussetzung der Vergleichswirkung anordnen, wenn gegen die Annahme des Vergleichs eine Berufung zugelassen wurde (Art. 197 Abs. 5 LC).

Grundsätzlich sind die privilegierten Gläubiger nicht an den Inhalt des Vergleichs gebunden (Art. 123 Abs. 2, 134 Abs. 2 LC) und können, wenn der Vergleich angenommen worden ist, die Verwertung der Sicherheiten betreiben. Die Vollstreckungshandlungen unterliegen vorerst weiterhin der Rechtsprechung des Konkursrichters (Art. 57 Abs. 1 LC), da das Verfahren erst

²⁵⁹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 99; Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1063.

²⁶⁰ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 99.

²⁶¹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1453, 1462.

²⁶² Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734.

²⁶³ In diesem Sinne Cerda Albero/Sancho Gargallo, Quiebras y suspensiones de pago: claves para la reforma concursal, S. 74; Alcover Garau, RDS 1996, Nr. 6, S. 475, 481; Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 181.

mit Rechtskraft des Beschlusses über die Erfüllung des Vergleichs beendet ist (Art. 141, 176 Abs. 1 Nr. 2 LC). Führt der Vergleich dazu, dass einer der privilegierten Gläubiger daran gebunden ist, muss sich dieser hinsichtlich der Einziehbarkeit seiner Forderung an den Inhalt des Vergleichs halten (Art. 136 LC)²⁶⁴.

Wurde die Vollstreckung nach einem Vergleich eingeleitet oder wieder aufgenommen, so kann diese nicht mehr wegen Mängeln, die im Konkurs selbst begründet sind, ausgesetzt werden (Art. 57 Abs. 2 LC). Insbesondere wird das Recht des Gläubigers nicht von einer eventuellen Aufhebung des Vergleichs (Art. 143 Abs. 1 Nr. 4 LC; Art. 140 LC wegen Nichterfüllung), einer Eröffnung der Liquidation nach dem Vergleich (Art. 142, 143 LC), einer Eröffnung des Verfahrens zur Qualifizierung des Konkurses oder einer erneuten Konkurseröffnung berührt (Art. 179 LC). Ebenso wenig darf der Richter zu diesem Zeitpunkt eine Nachfrist setzen (ex Art. 62 Abs. 3 LC) oder Forderungen heilen (ex Art. 68, 69 LC)²⁶⁵.

Ist die Liquidationsphase nicht eröffnet worden, endet das Ruhen bzw. die Aussetzung nach Ablauf eines Jahres ab der Konkurseröffnung (Art. 142 LC). Mit dieser langen Frist wird der Erhalt eines insolvent gewordenen Unternehmens bezweckt²⁶⁶. Die Frist wird von dem Tag des Konkurseröffnungsbeschlusses an berechnet (Art. 20 Abs. 1 LC), da eine hiergegen eingelegte Berufung nur dann aufschiebende Wirkung hat, wenn der Richter diese ausnahmsweise anordnet (Art. 20 Abs. 2 S. 1 LC). Die Jahresfrist läuft in diesem Fall erst ab dem Moment, in dem die aufschiebende Wirkung beendet ist²⁶⁷. Wird vor dem Ablauf eines Jahres in die Liquidationsphase übergegangen, bewirkt dies die Beendigung des Ruhens. Die aufgrund der Konkurseröffnung ausgesetzten Vollstreckungen werden dann in einem getrennten Verfahren vor dem Konkursrichter wieder aufgenommen.

Kritisch anzumerken ist an dieser Stelle, dass die nunmehr im Konkursgesetz festgesetzte Frist von maximal einem Jahr die im Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1995 (*Propuesta*) vorgesehene Frist von lediglich zwei Monaten und Fristen anderer Rechtsmodelle – wie etwa des portugiesischen Rechts von sechs Monaten²⁶⁸ – entschieden übersteigt²⁶⁹. In der Praxis wird

²⁶⁴ Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734; Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1064.

²⁶⁵ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 70, 71.

²⁶⁶ Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 183; Pulgar Ezquerro, AC 2002 – II, S. 669, 618 f.

²⁶⁷ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1064.

²⁶⁸ Art. 29 Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência von 1998. Die Aussetzung der Vollstreckungen, einschließlich dinglicher Sicherheiten, ist auf sechs Monate vom Beginn des Konkursverfahrens an begrenzt, ohne dass die Gläubigerversammlung eine Lösung der Erhaltung („*Concordata, reestruturação financeira o gestão controlada*“) oder der Liquidation beschließt, in die das Verfahren mündet.

²⁶⁹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1453 f.

ein dinglich gesicherter Gläubiger zwar voraussichtlich nicht ein ganzes Jahr warten müssen, bis er die Vollstreckung aus seiner Sicherheit betreiben kann. Dies ist im Zusammenhang mit den durch die Reform eingeführten Möglichkeiten zur Beschleunigung oder zur Erleichterung des Ablaufs eines Konkursverfahrens im Allgemeinen und der Beendigung des Konkurses durch eine erhaltende Lösung im Besonderen zu sehen. Das Gesetz sieht zudem für die kleineren Konkursverfahren die Möglichkeit eines verkürzten Verfahrens vor, in dem die gesetzlichen Fristen auf die Hälfte reduziert werden, so dass hier eine Aussetzung nur sechs Monate dauern könnte (Art. 190 bis 191 LC)²⁷⁰. Darüber hinaus kann der Schuldner, der keinem der Verbote in Art. 105 LC unterliegt, einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag bereits mit seinem Antrag auf Konkurseröffnung oder ab Eröffnung eines notwendigen Konkurses vorlegen²⁷¹. Die Abstimmung hierüber erfolgt durch eine individuelle Zustimmung der Gläubiger, ohne dass hierbei eine Gläubigerversammlung einberufen werden müsste²⁷², was die Verhandlung und die Abstimmung über den Vergleich wesentlich erleichtert. Die Anwendung des abgekürzten Konkursverfahrens ist jedoch stark eingeschränkt, da dieses Verfahren nur für diejenigen Konkurschuldner in Betracht kommt, die zur vereinfachten Bilanz aufstellung berechtigt sind und deren Passiva anfänglich auf nicht mehr als 1.000.000 € geschätzt werden. Es ist evident, dass eine Vielzahl von Konkursverfahren diese Summe übersteigen wird (Art. 190 Abs. 1 LC). Zudem kann nicht jeder Schuldner einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag unterbreiten, sondern nur derjenige, der keinem der Verbote des Art. 105 LC unterliegt. Gelegentlich wird es daher vorkommen, dass innerhalb eines Jahres ab der Konkurseröffnung nicht einmal ein Vergleich erreicht oder die Liquidation eröffnet wird. In einem solchen Fall haben die dinglich gesicherten Gläubiger im Allgemeinen und die Hypothekengläubiger im Besonderen die volle Länge der Jahresfrist zu dulden, was nicht nur für den Inhaber der dinglichen Sicherheit, sondern auch für das Konkursverfahren selbst von Nachteil sein kann.

Diese obligatorische Stundung scheint zwar das Wesen der dinglichen Sicherheit nicht zu verfälschen, da die Befriedigung der Forderung wenn auch nicht sofort, aber immer noch durch den beim Verkauf der belasteten Sache erzielten Erlös erfolgt. Dennoch kann diese Handhabe negative Folgen für die Großgläubiger wie Banken und Kassen haben, die die Kreditvergabe professionell betreiben. Dies wiederum kann sich auf das spanische Kreditwesen auswirken²⁷³, so dass es in der Praxis zu einer Verschärfung der Kreditbedingungen kommen könnte. Die Aussetzung der Hypothekenvollstreckung für den Zeitraum eines Jahres könnte viele ne-

²⁷⁰ Vgl. hierzu auch im 2. Kapitel B.VIII.2.

²⁷¹ Zu dieser Möglichkeit vgl. auch im 2. Kapitel B.V.1.a).

²⁷² So *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1454.

²⁷³ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1455.

gative Folgen haben. Zu befürchten ist ein erheblicher Anstieg der Hypothekenkosten, da hierdurch ein zusätzliches Jahr an Zinsen abzusichern ist. Des Weiteren ist eine Erhöhung des Zinssatzes und eine Verschärfung der Kreditkonditionen zu erwarten. Es könnte außerdem zu einer begrenzten Vergabe von Darlehen und Krediten kommen, die hypothekarisch gesichert sind. Aufgrund der Insolvenz von Kreditinstituten würden die Rückstellungen ansteigen. Allein die Inbetrachtziehung der Möglichkeit einer solchen Entwicklung hätte dann aber begleitend erfordert, dass die Vorschriften der spanischen Staatsbank (*Banco de España*) für den Fall wirtschaftlicher Krisensituationen und Normen, die eine Rückstellung für Risiken im Rahmen der Buchführung der Kreditinstitute regeln, geändert werden.

Alldem ist noch hinzuzufügen, dass der Schuldner den Antrag eines freiwilligen Konkurses dazu benützen könnte, die Vollstreckung einer Sicherheit auszusetzen, wenn auch nur zeitlich begrenzt und verzögert. Denn diese Möglichkeit zählt zu den „Vorteilen“, die dem Schuldner ein eigener Antrag auf Konkurseröffnung bringt, wäre aber auch durch die Eröffnung auf Antrag eines Gläubigers gegeben²⁷⁴.

Wahrscheinlich sieht die Reform deshalb auch einige Alternativen vor, um zu verhindern, dass die Aussetzung die gesamte Jahresfrist andauert. Die in Art. 155 Abs. 2, 3 LC geregelten Maßnahmen sind weitergehend als die allgemein vorgesehenen zur Erleichterung des Ablaufs des Konkursverfahrens (wie das verkürzte Konkursverfahren und der vorgezogene Vergleichsvorschlag). Solange die Vollstreckungsverfahren ruhen, weil die Fristen in Art. 56 Abs. 1 LC noch nicht abgelaufen sind, oder die bereits vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Vollstreckungsverfahren ausgesetzt sind (Art. 56 Abs. 2 LC), sind der Konkursverwaltung mehrere Möglichkeiten an die Hand gegeben, die bereits weiter oben erläutert wurden²⁷⁵, um die auf der ausgedehnten Wartezeit beruhenden Nachteile für die Hypothekengläubiger wenigstens zu reduzieren²⁷⁶. Diese Optionen sind nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Konkurs vorteilhafter als die Beibehaltung der Aussetzung und die Ausschöpfung der Maximalfrist von einem Jahr.

3. Verlust des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung

Ist die Liquidationsphase eröffnet, bewirkt dies aber nicht nur die Beendigung des Ruhens der Vollstreckung, sondern für einige Gläubiger auch den Verlust ihres Rechts auf abgesonderte

²⁷⁴ Zu den Vorteilen, die sich für den Schuldner ergeben, wenn er die Konkurseröffnung selbst beantragt vgl. auch die Ausführung im 2. Kapitel B.III.1.a) und B.V.1. Zu diesem Thema auch *Pulgar Ezquerro*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Dercho Concursal*, S. 120 ff.

²⁷⁵ Zu den Möglichkeiten der Konkursverwaltung vgl. in diesem Kapitel B.IV.3.

²⁷⁶ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, *RDM* 2003, S. 1425, 1456.

Vollstreckung. Betroffen sind diejenigen Gläubiger, die eine Vollstreckung weder vor noch nach Konkurseröffnung eingeleitet haben. Sie verlieren ihr Recht auf abgesonderte Vollstreckung unabhängig von der Sache, auf der das dingliche Recht ruht, und werden der Gesamtvollstreckung unterworfen (Art. 57 Abs. 3 LC)²⁷⁷. Die im Gesamtvollstreckungsverfahren erfolgende Vollstreckung wird gemäß dem Liquidationsplan (Art. 148 LC) oder gemäß den ergänzenden gesetzlichen Regeln durchgeführt (Art. 149 LC). Der Gläubiger wird zulasten der Sachen und Rechte befriedigt, die als Sicherheit dienen (Art. 155 Abs. 1 LC)²⁷⁸.

Diese Regelung ist in der spanischen Literatur kritisiert worden²⁷⁹. Der Verlust des Rechts auf abgesonderte Befriedigung wird als Strafe für diese Gläubiger verstanden. Bereits vor der Reform wurde das Recht des Hypothekengläubigers auf abgesonderte Vollstreckung auf diejenigen Gläubiger begrenzt, die ihre Vollstreckung vor Konkurseröffnung begonnen hatten (Art. 166, 1234 LEC von 1881, Art. 132 LH)²⁸⁰. Indem das Recht nur dann gewährt wird, wenn die Vollstreckung bereits vor Konkurseröffnung aufgenommen wurde, scheint der Eifer der Gläubiger belohnt zu werden, die früh mit der Vollstreckung beginnen. Der frühe Zeitpunkt der Einleitung der Vollstreckung (*prior in tempore, potius in iure*) rechtfertigt aber in keiner Weise ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung, da dieses auf anderen Gründen beruht²⁸¹.

Der dinglich gesicherte Gläubiger erfährt somit eine doppelte Bestrafung²⁸². Einerseits wird er mit der Aussetzung der Vollstreckung innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen sanktioniert, wenn seine Sicherheit auf einer betroffenen Sache ruht. Andererseits wird er durch den Verlust des Rechts auf abgesonderte Befriedigung nach der Eröffnung der Liquidation bestraft. Statt derart zu differenzieren, sollten die dinglich gesicherten Gläubiger einheitlich behandelt werden, ohne hierbei das Recht auf abgesonderte Vollstreckung davon abhängig zu machen, dass die Vollstreckung vor der Eröffnung des Konkurses eingeleitet wurde. Schließlich zeichnet sich eine dingliche Sicherheit nicht dadurch aus, dass aus ihr schnellstmöglich vorgegangen wird.

²⁷⁷ Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, S. 275, 306; Herbosa Martínez, *Diario La Ley*, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

²⁷⁸ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1064.

²⁷⁹ Curiel Lorente, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734 f., führt aus, dass durch diese Regelung der Anschein geweckt würde, dass der Gläubiger, der eine Klage vor der Konkurseröffnung eingeleitet hat, im Umkehrschluss das Recht behalte, die Vollstreckung in einem getrennten Verfahren zu betreiben. Dies sei aber nicht der Fall, denn die begonnene Vollstreckung würde im Konkursverfahren zwar in einem getrennten Verfahren fortgeführt, aber mit Eröffnung der Liquidationsphase innerhalb der Liquidation betrieben.

²⁸⁰ Cortés, in: Homenaje Menéndez, Bd. III, S. 3513, 3520 ff.

²⁸¹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1464 f.

²⁸² In diesem Sinne Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, S. 275, 304 f.; Herrera Cuevas, *Manual de la Reforma Concursal*, S. 332. Ebenso Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1465.

4. Keine Verteidigungsmöglichkeit des Gläubigers

Das Ruhen bzw. die Aussetzung der Vollstreckung (Art. 56 LC) steht nicht im Ermessen des Konkursrichters, sondern erfolgt automatisch. Der Gläubiger kann lediglich im Konkurszwischenverfahren den Wegfall der Betroffenheit der Sache vorbringen, um die Fortsetzung der Vollstreckung zu erreichen²⁸³.

Anders als im englischen und amerikanischen Recht²⁸⁴ hat der dinglich gesicherte Gläubiger nach spanischem Konkursrecht auch keine prozessuale Möglichkeit, die Aufhebung der Vollstreckungsaussetzung beim Konkursrichter zu beantragen²⁸⁵. Darüber hinaus fehlt eine Regelung, die dem Gläubiger für die Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens einen Ersatz aus der Masse gewährt, der den fehlenden Schutz kompensieren würde.

Die Masselosigkeit des Konkurses ist schließlich die Grenze des von den dinglich gesicherten Gläubigern zu erbringenden Opfers²⁸⁶. Denn eine Konkurseröffnung ist sinnlos, wenn das gesamte beim Schuldner vorhandene Vermögen dinglich belastet ist. Ein solches Konkursverfahren würde nur Kosten verursachen, die sich die dinglich gesicherten Gläubiger hätten sparen können, wenn jeder von ihnen einzeln vorgegangen wäre. Ein „Konkursinteresse“ ist nicht ersichtlich, wenn unbelastete Sachen nicht zu finden sind, mit denen die einfachen oder allgemein privilegierten Gläubiger befriedigt werden könnten. Der Konkursrichter hat den Konkurs daher für beendet zu erklären (Art. 176 Abs. 1 Nr. 4 LC). Im Interesse aller Beteiligten wird auf diese Weise Geld gespart und Probleme können vermieden werden.

5. Verwertung der Sachen

Ist das Ruhen bzw. die Aussetzung der Vollstreckung beendet, kann der Gläubiger die Vollstreckung in die Sicherheit einleiten oder wiederaufnehmen. Erfolgt die Einleitung oder die Wiederaufnahme vor Beendigung des Konkursverfahrens, ist der Konkursrichter zuständig (Art. 57 Abs. 1 LC). Der Richter muss dann auch über die Zulässigkeit des Betreibens der Vollstreckungen entscheiden. Er hat zu prüfen, ob die Umstände, die zur Beendigung des Ruhens bzw. der Aussetzung führen, tatsächlich vorliegen. Das Vollstreckungsverfahren erfolgt in einem getrennten Verfahren, wobei hierfür die Vorschriften des entsprechenden gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahrens angewandt werden (Art. 57 Abs. 1 LC). Wenn

²⁸³ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 102.

²⁸⁴ Vgl. im englischen Recht *Sect. 130 (2) Insolvency Act 1986* und im U.S. amerikanischen Recht *Sect. 362 (d) Bankruptcy Code* des *United States Code*.

²⁸⁵ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 101.

²⁸⁶ Hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 102, 103.

der Gläubiger das Betreiben der Vollstreckung bis zur Beendigung des Konkurses versäumt, erfolgt die Vollstreckung der Sicherheit vor dem nach den allgemeinen Regelungen zuständigen Richter oder Organ²⁸⁷.

Der Gläubiger kann sowohl den Hauptbetrag der Schuld als auch die „Zinsen im Umfang der jeweiligen Sicherheit“ geltend machen (Art. 59 Abs. 1, 92 Abs. 1 Nr. 3 LC). Letztere Formulierung ist hinsichtlich der Immobiliehypothek zu präzisieren, da deren Haftungsumfang auch den Umfang des Privileges festlegt. Prinzipiell ist die Gesamtheit der Zinsen gesichert²⁸⁸. Fehlt jedoch eine Vereinbarung, sichert die Hypothek zu Lasten Dritter nur die fälligen Zinsen, die Zinsen der letzten zwei Jahren und den fälligen Teil der Jahresrate (Art. 114 Abs. 1 LH). Besteht eine vertragliche Abrede, sichert die Hypothek auch die jeweils terminlich vereinbarten Zinsen. In keinem Fall können allerdings Zinsen für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre abgesichert werden (Art. 114 Abs. 2 LH). Als Dritter wird jeder Interessent erachtet, der von einer Bereicherungsklage geschädigt werden könnte (Art. 146 LH), da sich eine Sicherheit gegenüber der Masse nicht unbegrenzt auf Zinsen erstrecken kann. Die Begrenzung der Hypothekenhaftung setzt den Vermerk der Konkursituation im Register voraus (Art. 24 Abs. 4 LC), weil der Dritte im Hinblick auf die eingetragenen Rechte Schutz genießt (Art. 32, 34 LH).

Das Hypothekengesetz setzt ein einfach strukturiertes Schuldverhältnis voraus: Die Summe wird bei Fälligkeit vollständig zurückgezahlt und ein fester Zinssatz ist vereinbart. In der modernen Finanzpraxis ist hingegen die „Tilgungshypothek“ verbreitet, bei der der Schuldner zur Zahlung regelmäßiger Raten verpflichtet ist, die einen Teil des Betrages und der Zinsen umfassen, und deren Nichterfüllung die vorzeitige Fälligkeit der Verbindlichkeit nach sich zieht (Art. 693 LEC)²⁸⁹. Gebräuchlich ist es zudem, einen variablen Zinssatz zu vereinbaren, der durch eine Höchstbetragshypothek gesichert wird, die sich von solchen Hypotheken unterscheidet, die nur die Rückzahlung der Hauptforderung sichern sollen²⁹⁰.

6. Prozessrechtliche Regelung zu Beginn und Wiederaufnahme der Vollstreckungen

a) Getrenntes Verfahren und Verbindung

In Art. 57 LC wird zwei Mal der Begriff des getrennten Verfahrens (*pieza separada*) aufgegriffen. Zum einen wird sich auf die unechte Form der Verbindung (*acumulación*) der Voll-

²⁸⁷ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1064.

²⁸⁸ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1065.

²⁸⁹ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1065.

²⁹⁰ RDGRN 12.9.1972, 26.10.1984, 23. u. 26.10.1987, 7.9.1988, 17.3.1994, 16. und 17.12.1996.

streckung mit dem Konkursverfahren als Ganzes bezogen (Art. 57 Abs. 1 LC). Zum anderen wird der Begriff in Bezug auf die Verbindung mit der kollektiven Liquidationsphase gebraucht (Art. 57 Abs. 3 LC)²⁹¹. Eine Definition der „*pieza separada*“ findet sich aber weder im LEC noch in der LC selbst. Auch fehlt eine Regelung für ein derartiges Verfahren. Ebenso wenig stellt es einen eigenen Verfahrensabschnitt im Konkursverfahren dar (Art. 183 LC)²⁹². Schließlich handelt es sich auch nicht um eine Frage im Sinne von Art. 192 Abs. 1 LC, da es nicht in einem Zwischenverfahren zu klären ist. Ein getrenntes Verfahren bedeutet daher lediglich, dass weder die gerichtlichen Beschlüsse mit dem des Konkurses verbunden werden, noch die Vorschriften des Konkursgesetzes Anwendung finden. Die einzige Gemeinsamkeit liegt in der sachlichen Zuständigkeit des Konkursrichters, was allerdings bereits aus Art. 8 LC hervorgeht. Unter „*pieza separada*“ ist mithin die sachliche Zuständigkeit des Konkursrichters zu verstehen und ein vom materiellen und prozessualen Konkursrecht unabhängiger Verfahrensablauf. Die Regelung in Art. 57 Abs. 3 S. 2 LC ist folglich verwirrend, weil ein getrenntes Verfahren nicht verbunden werden kann. Da kein gemeinsames Urteil ergeht, ist eine Verbindung im eigentlichen Sinne nicht vorhanden.

b) Echte und unechte Verbindung

Zwischen einer unechten und echten Verbindung besteht somit ein großer Unterschied. Eine unechte Verbindung ist gegeben, wenn die Verfahren nicht wirklich miteinander verbunden werden, sondern nur vom Konkursrichter aufgrund seiner ausschließlichen Kompetenz an sich gezogen werden (Art. 57 Abs. 1 LC). Eine echte Verbindung liegt dagegen vor, wenn die Einzelzwangsvollstreckung mit der Gesamtvollstreckung verbunden wird²⁹³, die dann von der Konkursverwaltung betrieben wird. Die echte Verbindung bedeutet, dass die Sicherheit in der Form des Art. 155 Abs. 4 LC vollstreckt und verwertet wird²⁹⁴, während sich die Vollstreckung bei der unechten Verbindung nach den regulären Vollstreckungsvorschriften des Zivilprozessgesetzes richtet²⁹⁵. Zu einer unechten Verbindung kommt es, wenn der Gläubiger, der durch einen Abzahlungsverkauf gesichert ist, zur Geltendmachung seiner Forderung gar keine Vollstreckung betreibt. Gleiches geschieht bei einer Auflösungsklage wegen ausbleibender Zahlung. Es kommt zu einer unechten Verbindung, da der Konkursrichter weiterhin zuständig ist und die Auflösungsklage in einem Konkurszwischenverfahren in jenen Fällen zu betreiben

²⁹¹ Diese „*piezas separadas*“ werden im vierten Abschnitt des Konkursverfahrens durchgeführt (Art. 183 Nr. 4 LC).

²⁹² Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 119, 120.

²⁹³ Was der Fall ist, wenn die Vollstreckung vor der Liquidationseröffnung nicht eingeleitet wurde.

²⁹⁴ Vollstreckung durch Versteigerung.

²⁹⁵ Carrasco Perera, in: Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 57, S. 621.

ist, in denen das Gesetz keine besondere Form der „Vollstreckung“ vorsieht. In den anderen Fällen, wie etwa beim Eigentumsvorbehalt und dem Finanzierungsleasing, wird durch die speziellen Auflösungs- und Vollstreckungsverfahren im Wege der „Verbindung“ vollstreckt (Art. 250 Abs. 1 Nr. 10, Nr. 11 LEC)²⁹⁶. Offensichtlich ist aber, dass eine verbundene Vollstreckung nach Art. 57 LC kostspieliger ist als eine einzelne Vollstreckung. Die zusätzlichen Kosten, die bei einer solchen Vollstreckung entstehen, beruhen nicht auf der Vollstreckung in die Sache²⁹⁷, sondern sind Rückwirkungen der allgemeinen Kosten des Konkurses, die dem gesicherten Gläubiger nicht zur Last gelegt werden können.

c) Normen des entsprechenden gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahrens

Art. 57 Abs. 1 LC regelt, dass die Vollstreckung in einem getrennten Verfahren erfolgt, das der Konkursrichter den Vorschriften des entsprechenden gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahrens „anpasst“ (*acomodando*). Keine Probleme bereitet diese Regelung hinsichtlich der Vorschriften des gerichtlichen Verfahrens nach Art. 681 ff. LEC, insbesondere bestimmt der Konkursrichter, ob der vollstreckende Gläubiger die Verwaltung der hypothekarisch belasteten Immobilie verlangen kann (Art. 690 Abs. 5 LEC)²⁹⁸. Unverständlich ist hingegen, wie sich der Konkursrichter dem außergerichtlichen Vollstreckungsverfahren „anpassen“ soll. Möglicherweise soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass der Richter nach den dort vorgesehenen Verfahrensschritten, Befugnissen und Kompetenzen vorgehen soll, die die entsprechenden Gesetze der öffentlichen Urkundsperson zugestehen. Dies erscheint allerdings wenig sinnvoll. Vorgeschlagen wird daher, die Vorschrift so auszulegen, dass der Konkursrichter die Veräußerung dem jeweiligen Verfahren entsprechend vorbereitet und die Sachen dem jeweils zuständigen Organ übergibt, das deren Verwertung vornimmt (Art. 635 LEC).

Schwierigkeiten ergeben sich ferner bei Art. 57 Abs. 3 S. 2 LC, da die Vorschrift hinsichtlich der zu befolgenden und zu verbindenden Verfahrensarten keine Aussage trifft. Angenommen werden könnte daher, dass nur die Vollstreckung im Rahmen der Gesamtvollstreckung nach Art. 148 ff. LC möglich wäre. Ein anderer Lösungsweg²⁹⁹ – die analoge Anwendung von Art. 57 Abs. 1 LC – ist hier aber nahe liegender. Der Konkursrichter hat sich daher an die entsprechenden Vorschriften der gerichtlichen oder außergerichtlichen Vollstreckungsverfahren anzupassen, die mit Eröffnung der Liquidationsphase wieder aufgenommen werden. Die Voll-

²⁹⁶ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 121.

²⁹⁷ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 117.

²⁹⁸ Carrasco Perera, in: Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 57, S. 621 f.

²⁹⁹ Hierzu auch Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 122.

streckung, einschließlich der Verwertungsart, erfolgt hier allein nach diesen Vorschriften, auch wenn Art. 155 Abs. 4 LC grundsätzlich die Versteigerung als Verwertungsart vorsieht. Der Widerspruch zwischen Art. 57 und Art. 155 Abs. 4 LC ist zugunsten von Art. 57 LC zu lösen, da Art. 155 Abs. 4 LC nur in einem Gesamtvollstreckungsverfahren einen Sinn ergibt.

d) Zulässigkeit der abgesonderten Vollstreckung

Eigentlich wäre anzunehmen, dass das Verfahren nach Ablauf der Fristen in Art. 56 LC ohne weitere zusätzliche juristische Überprüfung einfach fortgeführt werden könnte. Der Konkursrichter hat jedoch nach Art. 57 Abs. 1 LC über die „Zulässigkeit“ der aufzunehmenden oder weiterzuführenden Vollstreckungsverfahren zu entscheiden. Der Konkursrichter überprüft hierbei, ob die Voraussetzungen des Art. 56 LC und die prozess- und materiellrechtlichen Voraussetzungen zur Vollstreckbarkeitserklärung (Art. 551 LEC) gegeben sind. Ob die Vollstreckung von Interesse und von Vorteil für den Konkurs ist, wird dagegen nicht geprüft³⁰⁰. Dies wäre zu weitgehend.

e) Keine automatische Wiederaufnahme der abgesonderten Vollstreckung

Die Wiederaufnahme der Vollstreckungen nach Eröffnung der Liquidation, die als getrenntes Verfahren mit dem Konkursverfahren verbunden werden, erfolgt nicht automatisch. Die Konkursverwaltung ist nicht zu deren Durchführung verpflichtet. Vielmehr ist es der Gläubiger selbst, der die Aufnahme der Vollstreckung betreiben muss. Sind die Fristen des Art. 56 LC abgelaufen, sieht das Konkursgesetz weder eine zeitliche Begrenzung zur Ausübung des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung durch den Gläubiger vor, noch wird der Konkursverwaltung zugebilligt, nach einer bestimmten Zeit die Durchführung der Vollstreckung an sich zu ziehen³⁰¹.

VIII. Aussetzung begonnener Vollstreckungshandlungen

1. Allgemeine Regel

Die Tatsache, dass die Vollstreckungs- oder Verwertungshandlungen einer dinglichen Sicherheit zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits eingeleitet wurden, verhindert nicht, dass auch für dingliche Sicherungsrechte die konkursrechtlichen Regelungen gelten. Das Gesetz legt fest, dass bereits begonnene Handlungen ab der Konkurseröffnung in ihrem jeweiligen

³⁰⁰ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 122.

³⁰¹ Carrasco Perera, in: Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 57, S. 623 f.

Verfahren ausgesetzt werden (Art. 56 Abs. 2 LC). Die Aussetzung betrifft die in Art. 56 Abs. 1 LC genannten Vollstreckungsverfahren von Sicherheiten – seien diese gerichtlicher oder außergerichtlicher Art. Nicht erfasst sind dagegen solche Verfahren in Sicherheiten, die auf Sachen lasten, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners nicht betroffen sind, auch wenn das zum Teil vertreten wird³⁰². So wird argumentiert, Art. 56 Abs. 2 LC beziehe sich auf die „Klagen“ und nicht auf die in Abs. 1 aufgezählten „Sachen“ und sei anders als die Regelung des Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC, die nur eine bestimmte Kategorie von Sachen betrifft, als Präzisierung in allgemeiner Hinsicht zu verstehen³⁰³. Dies ist jedoch unzutreffend. Zwar spricht Art. 56 Abs. 2 LC tatsächlich von Klagen, bezieht sich dabei aber ausdrücklich auf die in Art. 56 Abs. 1 LC genannten Klagen und deshalb auf diejenigen Klagen, die die dort genannten Sachen betreffen. Würde man Art. 56 Abs. 2 LC anders auslegen, würde dies eine deutliche Einschränkung des Rechts auf abgesonderte Vollstreckung derjenigen Gläubiger bedeuten, deren Sicherheit gerade auf einer „nicht betroffenen“ Sache ruht. Eine Schlechterstellung dieser Gläubiger durch Art. 56 Abs. 2 LC gegenüber solchen, die ein Verfahren erst nach der Konkurseröffnung in „nicht betroffene“ Sicherheiten einleiten, erscheint nicht gerechtfertigt und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt.

Darüber hinaus wird die Vollstreckung einer Sicherheit nicht durch die Eröffnung eines grenzüberschreitenden Vollstreckungsverfahrens im Bereich der Europäischen Union unterbrochen (Art. 5, 15 und 20 des EuInsVO)³⁰⁴. Die Aussetzung erfasst ebenso wenig verbundene Forderungen gegen Dritte oder Mitschuldner³⁰⁵.

Bei bereits aufgenommenen Vollstreckungsverfahren tritt die Aussetzung des Art. 56 LC nicht bereits mit der Konkurseröffnung an sich (Art. 21 LC) oder mit deren Bekanntgabe (Art. 23 LC) ein, sondern erst ab dem Zeitpunkt, ab dem im jeweiligen Vollstreckungsverfahren feststeht, dass der Konkurs eröffnet wurde (Art. 568 S. 1 LEC). Das Gericht hat die Vollstreckung in dem Stadium auszusetzen, in dem es sich gerade befindet, nachdem es davon be-

³⁰² *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1065. Gleicher Auffassung wohl auch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 890 f., nach dem noch nicht eingeleitete Vollstreckungen nicht eingeleitet werden dürften, da sie andernfalls unwirksam seien, wobei Art. 55 Abs. 1, 3, 4 LC i.V.m. Art. 56 Abs. 2 LC herangezogen werden.

³⁰³ So *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1066.

³⁰⁴ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1066.

³⁰⁵ In diesem Fall der subjektiven Klagehäufung (Art. 72 LEC) ist eine Vielzahl unterschiedlicher Ansprüche gegeben, die getrennt voneinander eingeklagt werden. Ebenso wenig problematisch erscheint eine passive notwendige Streitgenossenschaft, wenn die Vollstreckung aus einer „unteilbaren“ Hypothek erfolgt, die eine Forderung mit verschiedenen Schuldner absichert, und die belastete Sache in Miteigentum steht. Die Hypothek sichert entweder eine gesamthänderisch teilbare Verbindlichkeiten, so dass aus der Hypothek abgesondert vollstreckt werden kann, oder die Erfüllung von gesamtschuldnerischen Verpflichtungen, so dass jeder Gläubiger trotz der Unteilbarkeit der Sicherheit und der Gesamtgläubigerschaft der belasteten Sache auf alles verklagt werden kann. Vgl. *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 126, 127.

nachrichtigt wurde, dass sich der Vollstreckungsschuldner in einer Konkursituation befindet. In dieser Hinsicht kommt die Regel der sofortigen Wirkung des Konkurseröffnungsbeschlusses (Art. 21 Abs. 2 LC) nicht zur Anwendung³⁰⁶. Vollstreckungshandlungen, die zwar nach Konkurseröffnung, aber noch vor der „Feststellung“ des Konkurses in dem bereits eingeleiteten Verfahren erfolgten, sind daher wirksam und nicht nichtig im Sinne von Art. 55 Abs. 3 LC. Für die Feststellung des Konkurses ist keine Form vorgeschrieben. Ebenso wenig ist ein besonderes Verfahren oder ein besonderer Mechanismus für die Benachrichtigung des Vollstreckungsrichters vorgesehen. So ist nicht einmal der Registerbeamte bei der Vornahme der Eintragung (Art. 24 Abs. 4 LC) dazu verpflichtet, den bei der Vollstreckung zuständigen Richter zu unterrichten. Es sei denn, es handelt sich um eine gerichtliche Vollstreckung aus einer Hypothek (Art. 135 LH und Art. 143 RH). In der Regel wird der Vollstreckungsschuldner den Richter in Kenntnis vom Konkurs setzen. Daneben ist aber jeder andere Weg möglich und zweckdienlich, durch den der Richter oder die öffentliche Urkundsperson, vor denen die Verfahrenshandlungen stattfinden, von dem Konkurseröffnungsbeschluss in Kenntnis gesetzt werden kann, einschließlich der privaten Kenntnisnahme des Richters. Für die Feststellung des Konkurses ist daher die Kenntnis des juristischen Organs ausschlaggebend. Hat der Richter oder die jeweilige Autorität Kenntnis von der Konkursituation, wird die Aussetzung von Amts wegen angeordnet. Der Umstand, dass die Parteien Kenntnis vom Konkurs haben, führt daher nicht zur Nichtigkeit der vor der Feststellung des Konkurses vorgenommenen Verfahrenshandlungen³⁰⁷. Bekannt gemacht wird die Aussetzung durch die allgemeinen im Gesetz hierfür vorgesehenen Mittel (Art. 23 Abs. 1 LC) oder durch besondere vom Konkursrichter angeordneten Mittel (Art. 23 Abs. 2 LC). Die Feststellung der Konkursituation ergibt sich normalerweise aus dem Gerichtstermin, der von den Konkursverwaltern im Vollstreckungsverfahren durchgeführt wird oder aus einem Termin bei der Autorität, die für die außergerichtliche Verwertung der Sicherheit zuständig ist (Art. 13 Abs. 1 LEC, Art. 51, 52 LC). Im Falle einer Intervention ist es ebenso möglich, dass die Mitteilung durch den Schuldner selbst erfolgt, wenn er weiterhin dazu befugt ist, gerichtlich handeln zu können (Art. 51 Abs. 4 LC). Die Verteidigung der Masseinteressen setzt voraus, dass die Konkursverwaltung Kenntnis vom Bestehen laufender Vollstreckungs- oder Verwertungshandlungen aus der dinglichen Sicherheit hat³⁰⁸. Bei einem freiwilligen Konkurs ergibt sich dieser Umstand aus den vom Schuldner vorgelegten Unterlagen. Das Gesetz bezieht sich ausdrücklich auf die Identifizierung des Verfahrens im Antrag des Schuldners und auf die Angaben zum Verfahrensstand im

³⁰⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 96, 97.

³⁰⁷ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 97.

³⁰⁸ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1066.

Falle einer gerichtlichen Geltendmachung (Art. 6 Abs. 2 Nr. 4 LC). Diese Erfordernisse muss allerdings auf alle Handlungen erstreckt werden, die auf die außergerichtliche Verwertung einer dinglichen Sicherheit gerichtet sind. Für dieses Ergebnis kann Art. 6 Abs. 2 Nr. 3 LC herangezogen werden. Hiernach sind im Antrag ebenfalls die Belastungen, Pfändungen und Auflagen zu nennen, die die Sachen des Schuldners betreffen, jeweils unter Angabe ihrer Art und der Daten zu ihrer Identifizierung. Aus diesem Grund ist auch jedes außergerichtliche Vollstreckungsverfahren mitzuteilen. In jedem Fall umfasst die Mitwirkungs- und Informationspflicht des Schuldners (Art. 42 LC) die Verpflichtung, die Konkursverwaltung von den laufenden Einzelvollstreckungen in sein Vermögen zu unterrichten³⁰⁹.

Bei einer Vollstreckung in Immobilien kann die Feststellung der Konkurserklärung im Verfahren auch daraus resultieren, dass der Grundbuchbeamte diese Mitteilung an den entscheidenden Richter weiterleitet³¹⁰. Der Grundbuchbeamte ist allgemein dazu verpflichtet, den Richter von der Erweiterung durch spätere Eintragungen, die die Vollstreckung betreffen können, zu benachrichtigen (Art. 135 LH, Art. 143 RH). Wenn sich aus dem Grundbuch die Existenz eines laufenden Vollstreckungsverfahrens ergibt (Art. 688 Abs. 2 LEC), muss der Grundbuchbeamte den Richter benachrichtigen, dass ein Vermerk über das Bestehen einer Konkursituation eingetragen ist (Art. 24 Abs. 4 LC). Die Registerpublizität spielt hierbei eine wichtige Rolle im System des Gesetzes³¹¹. Wenn sich aus dem Grundbuch nicht die Konkursituation ergibt, steht der Durchführung der zum Zeitpunkt der Konkurserklärung bereits eingeleiteten Einzelvollstreckungen bis zur Versteigerung und dem Zuschlag der Sache nichts entgegen. Ebenso ist dann die Wiedereintragung der Sache zugunsten des Verkäufers möglich, wenn der Immobilienverkauf mangels Zahlung aufgelöst wurde. Dies schließt aber nicht aus, dass ein gutgläubiger Dritter durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt wird und sein Erwerb daher unanfechtbar ist (Art. 72 Abs. 2, 73 Abs. 2 LC)³¹².

Solange die Aussetzung andauert, kann die Konkursverwaltung den Inhabern dinglich gesicherter Forderungen mitteilen, dass sie sich für eine Zahlung zulasten der Masse ohne Verwertung der belasteten Sachen und Rechte entscheidet (Art. 155 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 LC). Die Vollstreckungshandlungen, die als Folge der Konkursöffnung ausgesetzt wurden, können gemäß den Bestimmungen in Art. 56 Abs. 1 LC wieder aufgenommen werden. Hierunter fallen zunächst Vollstreckungshandlungen in Sicherheiten, die auf Sachen lasten, die

³⁰⁹ Hierzu *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S.1066.

³¹⁰ Vgl. hierzu auch im 5. Kapitel A.XII.4.

³¹¹ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1066 f.

³¹² Vgl. *Francisco León*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 73, S. 1332; sowie *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, ebenda, Art. 56, S. 1067.

nicht von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners oder einer in dessen Berechtigung stehenden Produktionseinheit betroffen sind. Ebenso gehören hierzu Vollstreckungshandlungen aus dinglichen Sicherheiten, bei denen einer der Umstände eintritt, die zur Beendigung der Aussetzung führen. Die Wiederaufnahme der Handlungen im Konkursverfahren unterliegt der Entscheidung des Konkursrichters. Erforderlich ist jedoch ein entsprechender Parteiantrag³¹³, da das Gesetz die Wiederaufnahme der Handlungen nicht von Amts wegen veranlasst³¹⁴. Für die Vollstreckungshandlungen werden die jeweils hierfür geltenden Vorschriften für das gerichtliche oder außergerichtliche Verfahren herangezogen (Art. 57 Abs. 1 LC)³¹⁵. Das lässt trotz der zeitlich begrenzten Aussetzung der Vollstreckung vermuten, dass bei Eintritt der im Gesetz vorgesehenen Umstände die Gläubiger ihre Sicherheiten in einem getrennten Verfahren betreiben können, obwohl dies vor dem Konkursrichter und nicht vor einem anderen Richter geschieht. Soweit diese Klagehäufung gegen die Bestimmung in Art. 98 Abs. 1 Nr. 2 LEC verstößt, befasst sich die *D.F. tercera* in Abs. 3 mit der Neufassung dieser Vorschrift³¹⁶.

Ist die Liquidationsphase einmal eröffnet, verlieren diejenigen Gläubiger ihr Recht auf eine Vollstreckung in einem gesonderten Verfahren, die zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung diese Verfahren noch nicht eingeleitet hatten, und werden daher der Gesamtvollstreckung unterworfen, vorbehaltlich des besonderen Privilegs bei Sachen, die mit einer Sicherheit belastet sind (Art. 57 Abs. 3, 90 Abs. 1 LC).

2. Fortsetzung der Vollstreckung

Bei der nunmehr eingeführten Aussetzung von Vollstreckungsverfahren aus dinglichen Sicherheiten handelt es sich um eine zeitlich begrenzte Aussetzung. Die Vollstreckung wird solange ausgesetzt, bis ein Vergleich ausgehandelt oder die Liquidation eröffnet worden ist. Maximal begrenzt ist die Aussetzung auf ein Jahr (Art. 56 Abs. 1 LC). Hierbei ist es notwen-

³¹³ *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

³¹⁴ Hierzu *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1067.

³¹⁵ Gewisse Schwierigkeiten hat die Regelung hervorgerufen, nach der der Konkursrichter sein Handeln an die entsprechenden Verfahrensvorschriften anpasst, wenn es sich bei dem laufenden Verfahren um ein außergerichtliches handelt (zum Beispiel um eine außergerichtliche Hypothekenvollstreckung oder um ein beim Pfandrecht vor dem Notar abgewickelter Verfahren). Die Regelung ist dahingehend zu verstehen, dass das Verfahren vor dem Konkursrichter durchgeführt werden muss, allerdings hierbei die Normen des außergerichtlichen Verfahrens zur Anwendung kommen, wobei gegebenenfalls zweckmäßige Anpassungen erfolgen. So *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8, 14 f. Fn. 133.

³¹⁶ Die dem Art. 98 Abs. 2 Nr. 2 LEC durch die *D.F. tercera* des Konkursgesetzes neu verliehene Fassung beseitigt jegliche Andeutung auf die Konkursverfahren, indem sich die nunmehr aufgenommene Ausnahme lediglich auf die Nachfolgeverfahren bezieht: “*Se exceptúan de la acumulación a que se refiere este número los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.*” (*D.F. tercera* Abs. 3 LC).

dig zwischen Vollstreckungsverfahren zu unterscheiden, die noch nicht eingeleitet worden sind und solchen, die bereits aufgenommen worden sind³¹⁷.

Das Gesetz berücksichtigt zwei Sachverhalte, in denen bereits begonnene Vollstreckungen nicht ausgesetzt werden. Zum einen, wenn der Konkurschuldner Drittbesitzer ist, da in diesem Fall die Konkurseröffnung die Vollstreckung der Sicherheit nicht betrifft (Art. 56 Abs. 4 LC). Zum anderen, wenn die Versteigerungsanzeigen der Sache zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits veröffentlicht waren und nicht in Sachen vollstreckt wird, die für die Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners notwendig sind (Art. 56 Abs. 2 LC)³¹⁸. Rein theoretisch besteht die Möglichkeit, die Aussetzung der Vollstreckung solange anzuordnen bis das Vollstreckungsverfahren oder die Zwangsverwertung aus der Sicherheit abgeschlossen ist. Im Falle der Vollstreckung aus einer Hypothek oder einem Pfandrecht wäre dies bis zur gerichtlichen Bestätigung der Versteigerung oder des Zuschlages möglich (Art. 670, 674, 675, 691 Abs. 4 und 694 LEC). Ist die Versteigerung abgeschlossen, wird die Sache dem Vermögen des Erstehers oder des Zuschlagsempfängers zugeführt. Im Falle einer späteren Konkurserklärung des Vollstreckungsschuldners wird die Sache daher nicht mehr in die Aktivmasse aufgenommen (Art. 76 Abs. 1 LC). Ebenso wenig kann eine Aussetzung bei einer dinglichen Sicherheit erfolgen, die in einer auflösenden Bedingung, einem Eigentumsvorbehalt oder einem Finanzierungsleasing besteht, wenn das Eigentum oder der Besitz an der Sache vom Gläubiger wiedererlangt wurde³¹⁹.

Eine Ausnahme von der Aussetzung ist nur begrenzt möglich. Art. 56 Abs. 2 S. 2 LC setzt zunächst voraus, dass die Verwertung der Sicherheit durch die Veräußerung der Sache in einer öffentliche Versteigerung erfolgt³²⁰. Für „Vollstreckungen“ aus auflösenden Bedingungen ist sie unanwendbar³²¹. Die Fortführung der Vollstreckungshandlungen ist an die Erfüllung zweier kumulativ vorliegender Voraussetzungen gebunden:

Zum einen fordert Art. 56 Abs. 2 LC die Bekanntmachung der Versteigerungsanzeigen³²² zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung³²³. Bei einer Verwertung nach Art. 641 LEC³²⁴ stellt

³¹⁷ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1452.

³¹⁸ *Florán Fazio*, BCRE 2003, Nr. 95, S. 2679, 2681.

³¹⁹ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1068.

³²⁰ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1068.

³²¹ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 97.

³²² Art. 645, 646, 667, 668, 691 LEC; Art. 236 - f. RH hinsichtlich der außergerichtlichen Vollstreckung und Art. 681 ff. LEC in Bezug auf die gerichtliche Vollstreckung von Hypotheken.

³²³ Andere wollen hierfür aber – wohl in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 56 Abs. 2 S. 1 LC – den Zeitpunkt heranziehen, zu dem der Konkurs im Vollstreckungsverfahren „feststeht“, so *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 97. Art. 56 Abs. 2 S. 2 LC spricht aber nur vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung und unterscheidet sich insofern von S. 2 LC.

sich die Frage, wann der für die Wirkung des Art. 56 Abs. 2 LC relevante und einer Bekanntgabe der Versteigerungsanzeigen entsprechende Zeitpunkt gegeben ist. Da die Vorschrift keine Vorgaben enthält, ist davon auszugehen, dass das jeweilige Instrument der Bekanntgabe des Verkaufs heranzuziehen ist, das der Richter bei der Bewilligung dieser Verwertungsart angeordnet hat. Bei der Verwertung im Wege eines Vergleichs nach Art. 640 LEC³²⁵ ist der für Art. 56 Abs. 2 LC entscheidende Moment wohl der gerichtliche Beschluss, der den Vollstreckungsvergleich bestätigt (Art. 640 Abs. 3 LEC)³²⁶. Das Gesetz schützt durch diese Voraussetzung die Position eines möglichen Erwerbers der zu verwertenden Sache³²⁷. Denn der potentielle Erwerber hat in die Publizität der Versteigerungsanzeigen vertraut und möglicherweise bereits gewisse Maßnahmen hinsichtlich des eventuellen Erwerbs der Sache getroffen (wie etwa die Suche nach einer Finanzierung, die dadurch erleichtert wird, dass für das ersteigerte Recht eine Hypothek bestellt werden kann, Art. 107 Nr. 12 LH)³²⁸.

Zum anderen darf die Sicherheit nicht auf Sachen oder Rechten lasten, die für die Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners notwendig sind. Das Gesetz hat hier ein engeres Konzept vor Augen als das für die Bestimmung des befristeten Ruhens bzw. der Aussetzung der Vollstreckungshandlungen³²⁹. Dies ergibt sich aus den unterschiedlichen Formulierungen in Art. 56 Abs. 1 und 2 LC³³⁰. Während Art. 56 Abs. 1 LC nur von „betroffenen“ Sachen spricht, fordert Abs. 2 für die Fortführung der Tätigkeit „notwendige“ Sachen. Warum der Gesetzgeber eine derartige Differenzierung vorgenommen hat, ist unklar. Sie erscheint willkürlich, da keine Gründe für eine differenzierte Bewertung ersichtlich sind. Man könnte sogar annehmen, dass der Gesetzgeber gar nicht wirklich unterscheiden wollte und mit den beiden – zwar sehr unterschiedlichen – Formulierungen doch dasselbe meint. Dies ist insbesondere deshalb nahe liegend, weil sie erst in letzter Minute in die endgültige Fassung der Vorschrift eingefügt wurde.

³²⁴ Verwertung durch eine hierauf spezialisierte Person oder Unternehmen (*persona o entidad especializada*, Art. 641 LEC). Näheres hierzu im 5. Kapitel A.I.6.b) (4).

³²⁵ Auch Realisierungsabrede genannt (*convenio de realización*, Art. 640 LEC), vgl. im 5. Kapitel A.I.6.b) (4).

³²⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 97.

³²⁷ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7.

³²⁸ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1068; Mairata Laviña, in: Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 275, 305 sieht dadurch denjenigen Gläubiger vom Gesetz bevorzugt, der das Verfahren rasch genug betrieben hat und zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits bis zu diesem Verfahrensstadium vorgedrungen war.

³²⁹ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1068.

³³⁰ A.A. hier wohl Sala Alacaide/Mercadal/Alonso-Cuevillas, Nueva Ley Concursal, S. 310 f., der die Möglichkeit anführt, dass diese Unterscheidung keinerlei Folgen hat, so dass die Vollstreckung fortzusetzen ist, wenn die Versteigerungsanzeigen veröffentlicht worden sind, unabhängig von den Sachen, in die die laufende Vollstreckung erfolgt.

Da der Gesetzgeber aber unterschiedliche Formulierungen verwendet hat – sei dies nun bewusst oder unbewusst geschehen – ist der Wortlaut des Art. 56 LC so zu verstehen (Art. 3 Abs. 1 CC), dass unter „betroffene“ Sachen all diejenigen Sachen fallen, die für die berufliche oder unternehmerische Tätigkeit des Schuldners bestimmt sind („die den Erfordernissen des Betriebes unmittelbar nachkommen“, Art. 334 Nr. 5 CC)³³¹. Gegenüber den „nur betroffenen“ Sachen sind „notwendige“ Sachen diejenigen, die für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Anlagen und Betriebstätten des Konkursschuldners unentbehrlich sind³³². Die Feststellung, ob und wann diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird hierbei wiederum in jedem Einzelfall Aufgabe der Gerichte sein³³³. Als Beispiel kann etwa die Maschinerie eines Unternehmens angeführt werden, die für die Fortführung der schuldnerischen Tätigkeit notwendig erscheint.

Trotz der Auslegungsschwierigkeiten der Formulierung „für die Fortführung der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners notwendig“, ist die Vorschrift so zu verstehen, dass sie auf solche Situationen anwendbar ist, in denen die Anzeigen für die Versteigerung bereits publiziert wurden und es sich um Sicherheiten handelt, die zwar solche Sachen erfassen, die mit der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners verbunden sind, die aber nicht für deren Fortführung notwendig sind³³⁴. Waren die Vollstreckungsanzeigen zum genannten Zeitpunkt zwar publiziert, sind die zu verwertenden Sachen aber für die Unternehmensfortführung erforderlich, werden die Vollstreckungen ausgesetzt und die Ausnahmeregelung des Art. 56 Abs. 2 LC greift nicht ein³³⁵. In der endgültigen Fassung des Gesetztextes erfahren Vollstreckungen dinglicher Sicherheiten mithin eine härtere Behandlung als anfangs vorgesehen³³⁶.

Die in Art. 56 Abs. 2 LC festgelegten Voraussetzungen haben eine sehr unterschiedliche prozessuale Bedeutung. Der Umstand, dass die Versteigerungsanzeigen bereits bekannt gegeben wurden, ist eine objektive Tatsache, die vom Richter oder von der Autorität, die in der Vollstreckung entscheidet, festgestellt werden kann. Ob eine Sache für die schuldnerische Tätigkeit notwendig ist, kann hingegen nur durch eine Bewertung der Gesamtumstände beurteilt werden, d.h. anhand des Vermögens und der Tätigkeiten des Schuldners. Eine solche Bewertung ist vom Konkursrichter vorzunehmen (Art. 86 Nr. 1, Nr. 3 LOPJ, Art. 8 Nr. 1, Nr. 3

³³¹ Vgl. *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1069.

³³² *Curiel Lorente*, RCDI 2003, Nr. 679, S. 2699, 2734; *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1050, 1069.

³³³ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1453.

³³⁴ *Herbosa Martínez*, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 7.

³³⁵ Zu dieser Auslegung neigt *Alonso-Cuevillas Sayrol*, in: *Sala/Mercadal/Alonso Cuevillas*, Nueva Ley concursal, Art. 56, S. 311.

³³⁶ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 86.

LC). Dies ist von großer praktischer Bedeutung. Denn das Gericht, vor dem die Vollstreckung der dinglichen Sicherheit erfolgt, muss in jedem Fall die Aussetzung der Verfahrenshandlungen anordnen³³⁷, sobald es Kenntnis von der Konkurseröffnung hat³³⁸. Ihm selbst fehlt die Kompetenz zur Entscheidung über die Betroffenheit der Sachen³³⁹. Art. 568 S. 2 LEC³⁴⁰ legt nunmehr ausdrücklich fest, dass sich Vollstreckungsverfahren in hypothekarisch oder pfandrechtlich gesicherte Sachen nach den Bestimmungen des Konkursgesetzes richten. Auch eine öffentliche Urkundsperson (Notar), vor der eine außergerichtliche Verwertung der Sicherheit angestrengt wird, hat das Verfahren auszusetzen. Die Aussetzung dauert so lange an, bis der Konkursrichter über die Eigenschaft der Sachen entschieden hat. Die Gläubiger müssen dann das entsprechende Konkurszwischenverfahren anstrengen (Art. 192 LC). Erreichen sie eine positive Entscheidung, können sie die Fortführung der Vollstreckungshandlungen betreiben.

³³⁷ In Analogie zu Art. 569 Abs. 1 und Art. 697 LEC für die strafrechtliche Vorfrage.

³³⁸ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 56, S. 1069.

³³⁹ Vgl. Art. 38, 48, 58, 62 und 684 Abs. 2 LEC.

³⁴⁰ Art. 568 S. 2 LEC wurde durch *D.F. tercera* Abs. 7 LC geändert.

*Fünftes Kapitel***Spanische Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz**

Im spanischen Wirtschaftsleben spielen Immobiliarsicherheiten eine wichtige Rolle. In Zahlen ausgedrückt, bedeutet dies, dass in Spanien im Jahr 2004 für ca. 583 Milliarden Euro und im Jahr 2005 für insgesamt 739 Milliarden Euro hypothekarisch gesicherte Realkredite vergeben wurden¹. Dies entspricht einem Wachstum von 26,9 %, womit Spanien an der Spitze der Länder der Euro-Zone steht². Eindrucksvoll belegen diese Zahlen die ungebrochene Dominanz und Monopolstellung der Hypothek auf dem spanischen Kreditmarkt. Mit ihrer Akzessorietät, Publizität und Wertbeständigkeit verkörpert sie das Muster einer Immobiliarsicherheit nach spanischem Recht. Neben dieser klassischen Sicherheit lassen sich im spanischen Recht unter den Begriff der Immobiliarsicherheit ebenso der Eigentumsvorbehalt an Grundstücken, der Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung, das Immobilienleasing, die Antichrese sowie die Sicherungsübereignung von Grundstücken fassen. Immobiliarsicherheiten halten darüber hinaus die foralrechtlichen Regelungen – wie das Recht von Katalonien und Navarra – bereit, die hier ebenfalls kurz aufgegriffen werden sollen.

Der Inhaber einer Sicherheit möchte sich auch in finanziellen Krisensituationen vor dem Ausfall seiner Forderung geschützt wissen und die mit der Bestellung der Sicherheit bezweckte Wirkung entfaltet sehen. Immobiliarsicherheiten sollen dabei den für einen Gläubiger bestmöglichen Schutz bieten. Der wahre Wert einer Immobiliarsicherheit zeigt sich daher erst in der Insolvenz. Die Frage, inwieweit sich die Stellung derart gesicherter Gläubiger in Spanien durch die Insolvenzrechtsreform verändert hat, versucht die folgende Analyse der verschiedenen spanischen Immobiliarsicherheiten im Konkurs zu beantworten. Vor der jeweils ausführlichen Untersuchung dieser Sicherheiten in der Insolvenz erfolgt zunächst eine allgemeine zivilrechtliche Darstellung der Sicherungsrechte, um einen möglichst umfassenden Einblick in das Recht der Immobiliarsicherheiten Spaniens zu geben und das Verständnis für deren Behandlung im Konkurs zu erhöhen. Den Schwerpunkt der insolvenzrechtlichen Untersuchungen bildet hierbei die Immobiliehypothek, da sie die wichtigste Sicherheit für den spanischen Kreditmarkt darstellt. Ausgehend von dieser Grundkonstellation werden dann die ande-

¹ Alle Zahlen von der *Asociación Hipotecaria Española*, Estadísticas del Mercado Hipotecario 2004, 2005, www.ahe.es.

² Vgl. wieder bei www.ahe.es.

ren Sicherungsrechte, d.h. der Eigentumsvorbehalt an Immobilien, der Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung, die Antichrese, das Immobilienleasing, die Sicherungsübereignung und die Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen in den sich hiervon jeweils unterscheidenden Punkten eingehend behandelt.

A. Immobiliehypothek in der Insolvenz

I. Immobiliehypothek (*hipoteca inmobiliaria*)

1. Allgemeines

Die Immobiliehypothek (*hipoteca inmobiliaria*) ist in Spanien die dingliche Sicherheit an Immobilien schlechthin³. Sie nimmt bei den Immobiliarsicherheiten geradezu eine Monopolstellung ein⁴. Ihr werden royale Eigenschaften nachgesagt, so wird von der „Königin der Sicherheiten“ („reina de las garantías“)⁵ oder auch vom „Thron der Hypothek“ („trono de la hipoteca“)⁶ gesprochen. In der Praxis stellt sie daher die wichtigste Immobiliarsicherheit dar⁷. Anders als in Deutschland ist dem spanischen Recht ein von der Forderung unabhängiges dingliches Sicherungsrecht – vergleichbar mit der deutschen Grundschild – unbekannt⁸. Im Vergleich zum deutschen Recht ist die spanische Hypothekenregelung sehr streng⁹. Gemeinsamkeiten bestehen aber bezüglich ihrer Wertbeständigkeit und Publizität.

Bei der Hypothek handelt sich um eine absolut vertretbare Sicherheit. Sie kann auf Realvermögen, das mit dem finanzierten Unternehmen verbunden ist, auf anderen Grundstücken des kaufmännischen Schuldners lasten oder auf Immobilien Dritter ruhen, deren Inhaber natürliche oder juristische Personen, Unternehmer oder Verbraucher sind. Die in Spanien fast mehr als ein Jahrhundert währende rechtliche Entwicklung und Vervollkommnung dieser Sicherheit, für deren Konstitution die Registereintragung erforderlich ist, hat dazu geführt, dass die spanischen Gläubiger Voraussetzungen, Grenzen und Wirkungen der Hypothek recht gut

³ Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 329; Díez-Picazo/Gullón, Sistema de Derecho Civil, Bd. III, S. 494; Peña Bernaldo de Quirós, Derechos reales. Derecho hipotecario, S. 411 ff.; allgemein hierzu auch Boos, Die Immobiliehypothek im spanischen Recht; Höhne, Grundzüge des spanischen Hypothekenrechts; Campos Nave, RIW 1996, S. 550 ff.; Meyer, Die Bank 2000, S. 512 ff.

⁴ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 31.

⁵ Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 49, S. 225.

⁶ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1476.

⁷ Ibán, Einführung in das spanische Recht, S. 206.

⁸ García García, Comentario del Código Civil, Bd. II, Art. 1878, S. 1912; Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 193 ff.; Löber, Grundeigentum in Spanien, S. 46; Stöcker, Die „Eurohypothek“, S. 142 ff.

⁹ Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 333 Fn. 75.

kennen. Als Sicherungsmittel ruft die Hypothek daher nur wenige Unsicherheiten hervor, insbesondere wenn ihre Eintragung erfolgt ist¹⁰.

Die Bestellung und Verwertung einer Immobiliehypothek ist im spanischen Hypothekengesetz (*Ley Hipotecaria* - LH¹¹) und der entsprechenden Hypothekenverordnung (*Reglamento Hipotecario* – RH¹²) geregelt. Die Immobiliehypothek des spanischen Rechts ist ein dingliches Verwertungsrecht an unbeweglichen Sachen, das zur Sicherung einer Forderung bestellt wird, von deren Bestand sie abhängig ist (Akzessorietätsprinzip, Art. 1857, 1860 CC)¹³.

2. Hypothekenbestellung

Die Bestellung einer Immobiliehypothek¹⁴ bedarf zunächst einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner¹⁵. Diese Vereinbarung ist notariell, in einer öffentlichen Urkunde (*escritura pública*) zu dokumentieren (Art. 1280 CC i.V.m. Art. 145 Nr. 1 LH)¹⁶. Eine privatschriftliche Vereinbarung ist ausgeschlossen. Zur Entstehung der Hypothek bedarf es aber erst noch der Eintragung im Grundbuch (*Registro de la Propiedad* – Eigentumsregister), das mit

¹⁰ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 31.

¹¹ LH – *Ley Hipotecaria* (Hypothekengesetz) vom 8. Februar 1946 (BOE Nr. 58 vom 27. Februar 1946). Ursprünglich stammt dieses Gesetz aus dem Jahr 1861, wurde aber durch eine Reihe späterer Gesetzesreformen geändert. Bei der Auslegung der Normen der *Ley Hipotecaria* und des *Código Civil* und bei deren Harmonisierung bestehen hinsichtlich der Hypothek zahlreiche Schwierigkeiten, vgl. Nart Fernández, AAMN, VIII, 1954, S. 485 ff.

¹² RH – *Reglamento Hipotecario para la Ejecución de la Ley Hipotecaria* (Durchführungsverordnung zum Hypothekengesetz) vom 14. Februar 1947 (BOE Nr. 106 vom 16. April 1947, Fehlerkorrektur BOE Nr. 143 vom 23. Mai 1947) zuletzt geändert durch die Dekrete 1039/2003 vom 1. August 2003 (BOE Nr. 184 vom 2. August 2003) und 1867/1998 vom 4. September 1998 (BOE Nr. 233 vom 29. September 1998).

¹³ Zur Immobiliehypothek allgemein Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 120, S. 745 ff.; ders., Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Bd. VII, Teil 6, 7, 8, und vor allem Roca Sastre, Derecho hipotecario, Bd. IV, Teil 1 u. 2; Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil 2, S. 220 ff.; Blasco Gascó, La Hipoteca inmobiliaria y el Crédito hipotecario; López Liz, Contra la Hipoteca, Análisis crítico de los ataques a esta institución; Chico y Ortiz, Estudios sobre derecho hipotecario, Bd. II.

¹⁴ Näheres zur Bestellung einer Immobiliehypothek bei Jordano Frago, La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria, S. 22 ff.

¹⁵ Zwar besteht die Möglichkeit, eine einseitige Hypothek durch den Schuldner zu errichten, jedoch ist auch hier im letzten Schritt die Annahme durch den Gläubiger zur Entstehung des Vorzugsrechts erforderlich. Allgemein hierzu Serra Rodríguez, La hipoteca unilateral, und Pau Pedrón, La hipoteca unilateral, sowie in diesem Abschnitt 4. a) (4).

¹⁶ Die Hypothek muss stets in einer öffentlichen Urkunde belegt sein. Hiervon bestehen aber auch Ausnahmen, wie die Begründung der Hypothek *apud acta*, was die *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Strafprozessgesetz) zur Leistung einer hypothekarischen Sicherheit aufgrund der Haftpflicht aus der Straftat gestattet (Art. 595 LECrim.) und die gesetzlichen Hypotheken, die für ihre Eintragung ebenso wenig eine öffentliche Urkunde benötigen. Vgl. Ibán, Einführung in das spanische Recht, S. 206, 207; Camy Sánchez-Cañete, Garantías patrimoniales, S. 392. Die Forderung einer öffentlichen Urkunde bezweckt den Nachweis der tatsächlichen Existenz der juristischen Situation, die die Eintragung der Hypothek rechtfertigt. Die Notwendigkeit, dass sich die Hypothek aus einer öffentlichen Urkunde ergibt, hat überdies zur Folge, dass die hypothekarisch gesicherte Forderung zwei Gründe für ein Vorzugsrecht hatte: Das besondere Vorzugsrecht der Hypothek und das allgemeine Vorzugsrecht von in öffentlichen Urkunden festgehaltenen Forderungen, vgl. STS 15.10.1990 (R. 7865).

dem deutschen Grundbuch nur bedingt vergleichbar ist¹⁷ (Art. 1875 I CC, Art. 145 LH). Im Unterschied zur Übereignung von Immobilien hat die Grundbucheintragung hier konstitutiven Charakter¹⁸, d.h. das Hypothekenrecht entsteht erst mit der Eintragung¹⁹ und wird Dritten gegenüber wirksam. Da das Vorzugsrecht, das durch die Hypothek begründet wird, nicht *inter partes*, sondern *erga omnes* wirkt, ist für dessen Entstehung die Eintragung im Grundbuch notwendig²⁰. Die Publizität schützt hierbei nicht nur den eigentlichen Hypothekengläubiger, sondern auch Dritte, Gläubiger und potentielle Erwerber. Die leichte Bestimmbarkeit von Immobilien erlaubt eine größtmögliche Kontrolle über das Eigentum und etwaige Übertragungen, so dass sie eine Publizität der Hypothek besonders ermöglichen²¹.

Für die notarielle Bestellsurkunde ist die Überprüfung der Eigentumsverhältnisse und Lasten der Immobilien durch den Notar erforderlich, sofern die Parteien keinen Verzicht hierauf erklärt haben, weil sie dies etwa einem Rechtsanwalt überlassen haben. Bei der Bestellung einer Hypothek auf mehreren Grundstücken ist die Haftung der jeweiligen Grundstücke genau aufzuteilen, auch hinsichtlich der Zinsen und Kosten (Art. 119 LH). Bei der Finanzierung von Bauträgermaßnahmen kann unter bestimmten Umständen ausnahmsweise eine Gesamthypothek möglich sein²². Für den Fall der Vollstreckung muss zudem ein Schätzwert (*tasación*) bestimmt werden (Art. 682 Abs. 2 Nr. 1 LEC), wobei hier verschiedene Gesichtspunkte zu beachten sind²³. Darüber hinaus bedarf es des Eigentumstitels oder der Erwerbssurkunde (*escritura pública de compraventa*), wenn die Immobilie bereits im Eigentum des Bestellers steht, sowie des letzten Grundsteuerbescheids.

Die Kosten der Beurkundung und der Eintragung sind regelmäßig vom Hypothekenschuldner zu tragen. Eine anders lautende Vereinbarung im Darlehensvertrag ist jedoch zulässig. Die Berechnung der Notariats- und Eintragungskosten erfolgt zum einen nach den offiziellen Tabellen (*aranceles*)²⁴ und zum anderen über die Gesamtbelastung des Grundstücks (Kreditvolumen, Zinsen, Vollstreckungskosten). Eine Ermäßigung der Kosten ist bei der Kreditauf-

¹⁷ In das spanische Eigentumsregister werden das Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken eingetragen (Art. 60 Abs. 2 LH). Anders als beim deutschen Grundbuch aber hat die Eintragung nach spanischem Recht nur deklaratorischen Charakter. Eine konstitutive Wirkung entfaltet sie grundsätzlich nicht, es sei denn, es handelt sich um die Eintragung einer Hypothek, eines *time-sharing* und einer Schenkung von Immobilien. Hierzu auch *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht; *Löber*, Grundeigentum in Spanien; *Monserat Valero*, Derecho Inmobiliario Registral.

¹⁸ Die Grundbucheintragung als Entstehungsmoment der Hypothek wurde aber diskutiert. Für die konstitutive Wirkung der Eintragung, vgl. *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd. III, § 120, S. 746, § 123759 f.

¹⁹ *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd. III, § 120, S. 746, § 123, S. 760.

²⁰ *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 331.

²¹ Vgl. hierzu auch *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 331.

²² SAP Saragossa 21.11.2000 (ARJ 2000, 469/19). Vgl. hierzu auch *Meyer*, LK 2001, S. 30 f.

²³ Näheres bei *Fries*, Die Bank 2002, S. 569 ff.

²⁴ Real Decreto 1426/89 de 17 de noviembre de 1989 (BOE Nr. 285 vom 28. November 1989). Umstellung auf den Euro durch *Instrucción de la DGRN de 14 diciembre de 2001* (BOE Nr. 305 vom 21. Dezember 2001).

nahme für den Kauf einer Eigentumswohnung möglich²⁵. Bei der Hypothekenbestellung ist des Weiteren zu beachten, dass der Hypothekenschuldner steuerpflichtig ist. Bei der Bestellung fällt die sog. Stempelsteuer (*Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*²⁶) an, die zwischen einem halben bis einem Prozent der hypothekarischen Gesamtbelastung liegt, wobei der Prozentsatz in den verschiedenen Gebietskörperschaften (*Comunidades Autónomas*) variiert²⁷.

Durch die Liberalisierung des Devisen- und Investitionsrechts unterliegt eine Darlehensgewährung gegenüber Devisenausländern in Spanien keinerlei Beschränkungen mehr²⁸. Dem in Deutschland ansässigen Erwerber eines in Spanien gelegenen Immobilienobjekts steht es somit frei, bei seiner deutschen Hausbank einen hypothekarisch abzusichernden Kredit aufzunehmen oder die Finanzierung über eine spanische Bank abzuwickeln. Dennoch empfiehlt es sich, bei der Finanzierung einer in Spanien gelegenen Immobilie den Hypothekenvertrag durch einen in Deutschland ansässigen Kreditgeber vor einer spanischen Urkundsperson abzuschließen. Auf diese Weise umgeht man langwierige Auseinandersetzungen über die Gültigkeit und Eintragbarkeit von Verträgen, die ausländische Notare beurkundet haben. Ferner wird die Grundbucheintragung, ohne die in der Regel eine Auszahlung nicht erfolgt, beschleunigt²⁹.

3. Inhalt der Hypothek

Der Inhalt des Rechts besteht im Wesentlichen darin, dass zum Verkauf des Grundstücks geschritten werden darf, wenn die Schuld nicht erfüllt wird. Der Berechtigte hat eine Vorrangstellung am Verkaufspreis, um seine Forderung zu befriedigen. Die Hypothek ist deshalb Grund für ein Vorzugsrecht. Dieses ruht auf der Immobilie³⁰ und entsteht durch die Eintragung im Grundbuch³¹. Das Vorzugsrecht richtet sich nach der Eintragung der Hypothek im

²⁵ Vgl. hierzu Meyer, LK 2003, S. 581 f.

²⁶ Neue Fassung der *Ley del impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados*, Real Decreto Ley 1/93 vom 24. September 1993 (ACRL, 2849) und Ley 2/94 vom 30. März 1994 (BOE vom 4. April 1994).

²⁷ Meyer, LK 2003, S. 581, 582.

²⁸ Schröder, INF 2000, S. 93, 95; Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 54.

²⁹ Löber, Grundeigentum in Spanien, S. 47, 48.

³⁰ Oder gegebenenfalls auch auf einer beweglichen Sache, was aber weniger häufig der Fall ist, vg. Gullón Ballesteros, El derecho real de subhipoteca, S. 79 ff.

³¹ Die von dem Verfasser Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho hipotecario, Bd. VII, S. 113 f., angeführte Definition der Hypothek ist bezeichnend für die Schwierigkeiten bei der Konzipierung des Grundes für ein Vorzugsrecht und ist umständlich deskriptiv: so ist die Hypothek hiernach „un derecho real que, ya de momento, sujeta o vincula lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral y para bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular y el cual implica un poderoso instrumento del crédito

Grundbuch³². Der Rang der hypothekarisch gesicherten Forderung beurteilt sich nach der Zeit der Eintragung (*prior tempore*)³³. Eine eingetragene Hypothek setzt sich deshalb sogar gegen einen zuvor nicht eingetragenen Verkauf durch. Dies ist für die Sicherheit der Hypothekenforderung unbedingt erforderlich und entspricht dem Grundsatz der Uneinwendbarkeit nicht eingetragener Rechtsansprüche gegen die Hypothek³⁴. Die Eintragung der Hypothek hat somit eine offensive Wirkung, die typisch für die Registerpublizität ist (Art. 34 LH)³⁵.

Allerdings sind nicht alle im Register erfassten Grundstücke gleichermaßen für eine Hypothek geeignet. Nach ständiger Rechtsprechung ist die sog. Verfallsklausel (*pacto comisorio*) im spanischen Recht verboten³⁶. Diese Klausel besagt, dass der Gläubiger bei Nichterfüllung der Forderung Eigentümer des Grundstücks wird.

Das Vorzugsrecht erstreckt sich auf das Zubehör der Immobilie und den Eigentumserwerb durch Verbindung beweglicher Sachen mit dem Grundstück³⁷. Ebenso besteht die Möglichkeit, dass sich die Sache, die Gegenstand der Hypothek ist, nicht im Eigentum des Schuldners befindet, sondern im Eigentum eines Dritten. In diesem Fall kann von einer dinglichen oder begrenzten Sicherheitsleistung gesprochen werden, so dass der Dritte den Angriff des Gläubigers nur hinsichtlich des hypothekarisch belasteten Grundstücks dulden muss³⁸.

Durch eine Hypothek kann jede Art von Forderung gesichert werden (Art. 1861 CC, Art. 105 LH)³⁹. Voraussetzung ist jedoch die Bestimmbarkeit der Forderung⁴⁰. Dies schränkt die Hy-

territorial“. Trotz der Weitschweifigkeit dieser Definition fällt daran auf, dass dem Bestehen eines Vorzugsrechts bei der Hypothek ausgewichen wird, was aber ein grundlegender Aspekt dieser Sicherheit ist. Vgl. auch *Ysas Solanes*, El contrato de préstamo con garantía hipotecaria, S. 41.

³² STS 22.10.1983 (R. 5336). Auf der anderen Seite erscheint die sog. Gesamthypothek als von Art. 110 LH ausgeschlossen, eine ihrer Formen ist aber nach den Art. 122, 123 und 125 LH erlaubt, *Santos Briz*, Código Civil, S. 737.

³³ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 185. Zur Offensivwirkung der Hypothekenvollstreckung in der Rechtsprechung, vgl. STS 30.11.1987 (ARJ, 8710), STS 10.10.1996, dem folgend SSTS 29.1.1997, 3.5.2000 und 14.6.2000.

³⁴ In diese Richtung auch RDGRN 24.4.1991 (ARJ, 3167). Die Offensivwirkung der Hypothekeneintragung bezieht sich ausschließlich auf die Immobilie selbst und nicht auf bewegliche Sachen oder Zubehör, das mit dem eingetragenen Grundstück verbunden ist. Vgl. hierzu auch *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 158 m.w.N. zur Rechtsprechung.

³⁵ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 158.

³⁶ *Puig Brutau*, Compendio de Derecho Civil, Bd. III, S. 388.

³⁷ Ein Vertrag, nach dem der Schuldner nur mit dem Vollstreckungserlös der Immobilie haftet, ist wirksam (Art. 140 LH), *Guilarte Zapatero*, Pactos en la hipoteca inmobiliaria, S. 140. Dies hat keine Auswirkungen auf das dem Gläubiger zustehende Vorzugsrecht, da das Vorzugsrecht nach der Definition sowieso auf den Erlös der Vollstreckung der Immobilie begrenzt ist.

³⁸ *Camy Sánchez-Cañete*, Garantías patrimoniales, S. 413; *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 332.

³⁹ Genauer hierzu bei *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 50, S. 230 ff.

⁴⁰ Außer es handelt sich um eine sog. Höchstbetragshypothek (*hipoteca de máximo*, Art. 153 LH), in der nur der Höchstbetrag der gesicherten Forderung feststeht, vgl. *Santos Briz*, Código Civil, S. 736. Aber auch bei der Höchstbetragshypothek muss die zu sichernde Forderung bestimmbar sein wegen des Grundes des Vor-

pothek in ihrer Flexibilität allerdings ein. Abgesichert werden können daher keine umlaufenden Forderungen und Revolvingkredite⁴¹. Das Vorzugsrecht der Hypothek erfasst die Hauptforderung, die im Darlehensvertrag vereinbarten Zinsen der letzten zwei Jahre sowie den fälligen Zinsteil des laufenden Jahres (Art. 114 LH), wenn nichts vereinbart wurde⁴². Durch eine ausdrückliche, vertragliche Vereinbarung kann die Hypothek auch auf fünf Jahre erstreckt werden (Art. 114 LH). Verzugszinsen sind in diesem Falle bereits enthalten⁴³. Die Summe der gesicherten Zinsen muss dann ausgerechnet und angegeben werden. Dies trifft auch auf variable, vertragliche Zinsen zu. Der Zinssatz muss objektiv bestimmbar sein. In der spanischen Bankenpraxis werden für vertragliche Zinsen üblicherweise drei Jahre und für Verzugszinsen ein Jahr vereinbart. Die gesicherte Forderung genießt durch die Hypothek ein Vorzugsrecht, das an dem Erlös ausgeübt wird, der durch die Verwertung der Immobilie erzielt wird. Ergänzt wird das Vorzugsrecht durch ein dingliches Recht, das als dessen Schutz dient, wobei beide Rechte voneinander unabhängig sind. Die Möglichkeit, Rechtsgeschäfte über den Rang der Hypothek abschließen zu können, belegt diese Unabhängigkeit⁴⁴.

Wie jeder Grund eines Vorzugsrechts ist die Hypothek zu der von ihr geschützten Forderung akzessorisch⁴⁵. Die Akzessorietät der Hypothek bedeutet aber nicht, dass die Rechte des Gläubigers auf den Erlös, der mit der Vollstreckung in die hypothekarisch belastete Sache erzielt wird, beschränkt sind. Vielmehr bleibt das Recht des Gläubigers, die Befriedigung der restlichen Forderung durch die weiteren im Vermögen des Schuldners stehenden Sachen zu erlangen, von der Akzessorietät unberührt⁴⁶.

Im Gegensatz zum deutschen Recht gibt es in Spanien über die Immobiliehypothek (Art. 1874 Nr. 1 CC, Art. 106 Nr. 1 LH)⁴⁷ hinaus auch Hypotheken an dinglichen Rechten, etwa an

zugsrechts, RDGRN 23.12.1987 (R. 9722). Andernfalls würde die Akzessorietät der Hypothek in Zweifel gezogen werden.

⁴¹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 31.

⁴² Vgl. hierzu auch Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 50, S. 241 ff.

⁴³ Meyer, Die Bank 2000, S. 512, 514.

⁴⁴ López Alarcón, El derecho de preferencia, S. 36.

⁴⁵ Die Hypothek entspricht dem Akzessorietätsprinzip in vollem Maße trotz des Einflusses durch das deutsche System, das in einigen Spezialvorschriften spürbar ist (Art. 122 und Art. 140 LH, die durch die deutsche Grundschrift beeinflusst worden sind), Castan Tobeñas, Derecho civil, Bd. II, Teil 2, S. 433. Die *hipoteca flotante* (schwebende Hypothek), die die Akzessorietät auflöst, wurde deshalb von der DGRN verboten. Entscheidung vom 12.9.2003 (ARJ 2003, 15).

⁴⁶ Ausnahmen sind hiervon der Vertrag über eine Haftungsbeschränkung, der in der Hypothek aufgenommen ist (Art. 140 LH), durch den der Gläubiger auf die Möglichkeit verzichtet, Befriedigung an den weiteren Sachen des Schuldners zu erreichen, Albaladejo, Derecho civil, Bd. III, § 126, S. 779.

⁴⁷ O'Callaghan, Código Civil, Art. 1874, S. 1942; Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 50, S. 245 ff. Näheres zum Gegenstand der Immobiliehypothek bei Llopis Giner, RCDI 1993, S. 831 ff.; Sánchez Ruiz de Valdivia, La Hipoteca y los Bienes inmuebles por destino.

Wasser- und Weiderechten (Art. 106, 107 LH)⁴⁸. Überdies ist es in Spanien möglich, Hypotheken an bestimmten beweglichen Sachen zu bestellen, die sich nach dem Gesetz über die Mobiliarhypothek und das besitzlose Pfandrecht (*Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*)⁴⁹ richten und für die besondere, in der Regel beim Grundbuchamt geführte Mobiliarregister eingerichtet sind. Die Bedeutung der Mobiliarhypothek ist gegenüber der Immobiliarpfandhypothek aber weitaus geringer. Dies hängt mit deren kostspieligen und zeitraubenden Bestellung und deren unzureichenden Rechtssicherheit zusammen⁵⁰. Aufgrund dessen soll auf die Mobiliarhypothek auch nicht näher eingegangen werden.

Der hypothekarische Anspruch verjährt 20 Jahre nach dem Zeitpunkt, zu dem er frühestens hätte geltend gemacht werden können (Art. 128 LH)⁵¹. Die Löschung der Hypothek im Register erfolgt durch die Eintragung einer öffentlichen Löschungsurkunde oder aufgrund eines entsprechenden Urteils (Art. 179 RH). Die nachfolgenden Belastungen rücken dann auf⁵².

4. Hypothekenarten

Im spanischen Recht kann zwischen vertraglichen (Art. 138 – 157 LH) und gesetzlichen Hypotheken (Art. 158 – 197 LH) unterschieden werden (Art. 137 LH). Im Folgenden sollen diese kurz erläutert werden.

a) Vertragliche Hypotheken

Die vertraglichen Hypotheken (*hipotecas voluntarias*) werden in Form eines notariellen Vertrages (*escritura*) zwischen Grundstückseigentümer und Gläubiger geschlossen. Voraussetzung sind die freie Verfügungsbefugnis des Eigentümers und das Bestehen einer abzusichernden Forderung (Art. 1857 CC)⁵³. Durch die Hypothek wird die persönliche Haftung für die Schuld nicht ausgeschlossen, sondern gilt vielmehr weiter (Art. 105 LH). Da das spanische Recht einen Hypothekenbrief nicht kennt⁵⁴, ist jede spanische Hypothek eine Buchhypothek.

⁴⁸ Eine Hypothek kann aber auch auf einer Hypothek (oder einer Unterhypothek) lasten, Gullón Ballesteros, El derecho real de subhipoteca, S. 76 f.; weiteres zum Gegenstand einer Hypothek bei Blásco Gasco, La Hipoteca inmobiliaria y el Crédito hipotecario, S. 161 ff.

⁴⁹ Vom 16. Dezember 1954 (BOE vom 18. Dezember 1954).

⁵⁰ Schröder, INF 2000, S. 93, 105; Vallet de Goytisolo, in: Estudios sobre garantías reales, S. 561, 595.

⁵¹ Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 51, S. 289.

⁵² Stöcker, Die „Eurohypothek“, S. 155; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 80; Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 51, S. 282.

⁵³ Vgl. Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 51.

⁵⁴ Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 52. Hypothekenbriefe sind weder *cedulas hipotecarias* (Pfandbriefe), *bonos hipotecarios* (Schuldscheine) noch *participaciones hipotecarias* (Anteilsscheine) der Hypothekenbanken gemäß Ley 2/1981 vom 25. März 1981 (ACRL 1981 Nr. 900) und Real Decreto 685/1982 (ARCL 1982 Nr. 902) und Real Decreto 1289/1991 (ARJL 1991 Nr. 2026).

Briefhypotheken existieren nicht. Bei den vertraglichen Hypotheken unterscheidet man folgende Typen:

(1) *Verkehrshypothek*

Die Verkehrshypothek (*hipoteca de tráfico, hipoteca ordinaria*, Art. 104 ff. LH) dient der Sicherung einer bereits bestehenden Forderung sowie der Zinsen, Verzugszinsen und Kosten – auch einer eventuellen Zwangsversteigerung⁵⁵.

(2) *Höchstbetragshypothek*

Die Höchstbetragshypothek (*hipoteca de máximo, hipoteca de seguridad, hipoteca en garantía de cuentas corrientes*), die eine Forderung bis zu einem bestimmten Höchstbetrag sichert (Art. 153 LH, Art. 219 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3, 245, 246 RH), ist die häufigste Form der Hypothek. Auf diese Weise können Kontokorrentforderungen oder Kreditlinien bis zu einem bestimmten Rahmen gesichert werden. Zum Zeitpunkt der Entstehung der Forderung ist die tatsächliche Höhe entweder noch nicht bekannt oder verändert sich während der Laufzeit, so z.B. bei Gewährung von Fremdwährungsdarlehen wegen der Wechselkursschwankungen⁵⁶. Erforderlich ist aber die zweifelsfreie Identifizierung der gesicherten Forderung, die Angabe einer Haftungsobergrenze des Grundstücks, die Dauer der Kreditlaufzeit, ggf. der Verlängerungszeiträume sowie der Zeitpunkt der Fälligestellung des Kreditkontos (Art. 153 Abs. 1 LH). Eine Forderungsauswechslung ist nicht möglich⁵⁷. Ferner muss das System zur Bestimmung des Kreditkontosaldo für den Zeitpunkt der möglichen Vollstreckung bezeichnet werden. Insofern besteht ein Wahlrecht zwischen dem System des doppelten Saldenbuches (Art. 153 Abs. 4 LH, Art. 246 RH) oder dem System der Kontenbestätigung durch Zertifikat des Hypothekengläubigers, was allerdings nur bei offiziellen Kreditinstituten möglich ist (Art. 153 Abs. 5 LH, Art. 245 RH).

⁵⁵ Puig Brutau, Compendio de Derecho Civil, Bd. III, S. 476.

⁵⁶ Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 52.

⁵⁷ Hellmich, Kreditsicherheiten, S. 79.

(3) Rentenhypothek

Daneben kann die Rentenhypothek (*hipoteca en garantía de rentas prestaciones periódicas*) zur Sicherung von Rentenzahlungen, periodischen Darlehen oder abschnittsweise zu erbringender Leistungen bestellt werden (Art. 157 LH)⁵⁸. Darüber hinaus ist auch eine Hypothek zur Sicherung von echten Wertpapieren gemäß Art. 150, 154 ff. LH möglich, die mit der Übertragung des Wertpapiers übergeht⁵⁹.

(4) Einseitige Hypothek

Ebenso möglich ist die Bestellung einer einseitigen Hypothek (*hipoteca unilateral*) durch den Eigentümer des Grundstücks⁶⁰. Der Gläubiger kann die Hypothek innerhalb von zwei Monaten ab der Aufforderung des Schuldners vor einem Notar annehmen. Auch dies erfordert eine Eintragung (Art. 141 LH, Art. 237, Art. 248 RH). Wird die Hypothek innerhalb dieser Frist nicht angenommen, kann die Hypothek auf Antrag des Grundstückseigentümers gelöscht werden (Art. 141 Abs. 2 LH).

(5) Akzessorietät und Forderungsabtretung

Die Hypothek ist von der Forderung abhängig. Die Immobilienhypothek ist deshalb ein grundsätzlich streng akzessorisches Sicherungsrecht. In einigen Aspekten ist die Akzessorietät aber relativiert. Der Akzessorietät steht etwa nicht entgegen, dass auch künftig entstehende Forderungen mit einer Hypothek gesichert werden können⁶¹. Eine derartige Hypothek ist Dritten gegenüber mit der Eintragung wirksam, wenn die Forderung auch tatsächlich entsteht (Art. 142, 143 LH). Zudem ist für die Rangfolge im Konkurs nicht etwa das Datum der Eintragung der Hypothek oder der Zeitpunkt der Entstehung der zu sichernden Forderung maßgeblich, sondern das Datum der öffentlichen Beurkundung der Hypothekenbestellung⁶². Ist der Kreditvertrag wegen Wuchers oder aus anderen Gründen unwirksam, ist die Hypothek nicht mehr von der Forderung abhängig⁶³. Fällt der vertragliche Rückzahlungsanspruch fort, bleibt die Hypothek nach Art. 1528, 1857 Nr. 1 CC i.V.m. Art. 105 LH bestehen und sichert stattdessen

⁵⁸ Albaladejo, *Derecho Civil*, Bd. III, § 126, S. 77 f.

⁵⁹ Vgl. zum ganzen Albaladejo, *Derecho Civil*, Bd. III, § 126, S. 777; Hellmich, *Kreditsicherheiten*, S. 79 f.

⁶⁰ Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Bd. III, Teil II, § 51, S. 266 ff. Allgemein zur einseitigen Hypothek Albaladejo García, *Derecho Civil*, Bd. III, § 123, S. 761 f.; Serra Rodríguez, *La hipoteca unilateral*; Pau Pedrón, *La hipoteca unilateral*, und mit konkursrechtlichem Bezug Bercovitz Rodríguez-Cano, *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*.

⁶¹ Guilarte Zapatero, *Comentario del Código Civil*, Bd. II, Art. 1861, S. 1872, Art. 1825, S. 1790.

⁶² Zum alten Konkursrecht vgl. SSTS 10.10.1990 (ARJ 1990, 7591) und 13.7.1984 (ARJ 1984, 3980); Hellmich, *Kreditsicherheitsrechte*, S. 186; bei der Bestellung einer Mobiliarhypothek kann ein vor der Eintragung ergangenes Verfügungsverbot den Erwerb nicht mehr verhindern, STS 29.3.1993 (ARJ 1993, 2536).

⁶³ Hellmich, *Kreditsicherheitsrechte*, S. 186.

bei der Rückabwicklung die Erfüllung des Kapitalrückzahlungsanspruchs des Kreditgebers⁶⁴. Aufgrund der Unteilbarkeit der Hypothek ist es bei einer erfolgten Teilzahlung auch nicht möglich, eine Teillöschung der Hypothek vorzunehmen (Art. 1860 CC)⁶⁵. Allerdings rücken mit dem Erlöschen einer Hypothek die nachfolgenden Hypotheken automatisch auf⁶⁶. Die Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung ist nach Art. 1203 ff. CC, 149 LH ohne weiteres möglich⁶⁷. Erforderlich sind ein notarieller Abtretungsvertrag, die Eintragung ins Grundbuch und die Mitteilung an den Schuldner⁶⁸.

b) Gesetzliche Hypotheken

Die Erfordernisse des Zivil-, Finanz- und Steuerrechtssystems führten im Laufe der Zeit zu einer Erweiterung der Hypothek als Vorzugsrecht an höchster Rangstelle und zur Einführung anderer Privilegien. Aufgrund der Bedürfnisse der Steuereinzahlung wurde das erste „Superprivileg“ zugunsten der Staatsfinanzen (*Hacienda Pública*)⁶⁹ geschaffen und die alten generellen Privilegien in einen gesetzlichen Grund für eine Hypothek umgewandelt (gesetzliche Hypotheken – *hipotecas legales*). Der Rang bestimmte sich ebenfalls durch die Eintragung im Register und die Vormerkung diente der Rangreservierung⁷⁰. In der spanischen Literatur wird indes angezweifelt, ob es sich bei diesen Hypotheken überhaupt um echte Hypotheken handelt oder aber nur um Vorzugsrechte⁷¹.

Gesetzliche Hypotheken (*hipotecas legales*) können nur in den vom Gesetz vorgegebenen Fällen eingetragen werden (Art. 168 LH). Hierzu zählen bestimmte Forderungen von Ehefrauen gegenüber ihren Ehemännern (Art. 168 Nr. 1 LH) oder bestimmte Forderungen von Kindern gegenüber ihren Eltern (Art. 168 Nr. 3 LH), bestimmte Forderungen des Staates gegenüber seinen Vertragspartnern oder steuerpflichtigen Bürgern (Art. 168 Nr. 5, 6 LH) und Forderungen von Versicherungsgesellschaften hinsichtlich der Prämien (Art. 168 Nr. 7 LH)⁷². Auch die gesetzliche Hypothek entsteht erst durch Eintragung des entsprechenden Titels (Art.

⁶⁴ STS 14.6.1984 (ARJ 1984, 3239).

⁶⁵ Löber, Grundeigentum in Spanien, S. 47.

⁶⁶ Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 51, S. 282; Stöcker, Die „Eurohypothek“, S. 155; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 80.

⁶⁷ Zur Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung vgl. auch Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 51, S. 279 f.

⁶⁸ Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 53.

⁶⁹ Vgl. hierzu Art. 78, 79 *Ley General Tributaria* (Abgabenordnung) vom 17. Dezember 2003 bzw. Art. 33 bis 43 *Reglamento General de Recaudación* (Steuererhebungsvorschriften), verabschiedet durch *Real Decreto* vom 20. Dezember 1990, abgeändert durch *Real Decreto* 448/1995, vom 24. März 1995 (BOE Nr. 74, vom 28. März 1995).

⁷⁰ Álvarez Caperochipi, El Registro de la Propiedad, S. 185.

⁷¹ Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 125, S. 771; Díez Soto, in: Preferencia de créditos, Manuales de formación continuada 2, S. 115. Vgl. auch SSTS 17.3.1978, 21.12.1979.

⁷² Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 125, S. 771, 773 ff.

159 Abs. 2 LH) und hat die gleichen Wirkungen wie die vertragliche Hypothek (Art. 161 LH).

Eine gewisse Sonderstellung genießt allerdings der Staat als Gläubiger. Dessen Forderungen gehen denen anderer Gläubiger oder denen eines etwaigen Erwerbers vor, wenn es sich um Steuerschulden der letzten beiden Jahre handelt, für die die Immobilie haftet (Art. 194 LH, 271 RH). Dies gilt auch dann, wenn die Hypothek nicht im Grundbuch eingetragen ist. Es handelt sich hierbei um sog. stillschweigende gesetzliche Hypotheken (*hipoteca legal tácita*)⁷³, die ab der Entstehung der zugrunde liegenden Forderung Vorzug vor allen anderen Gläubigern genießen, ohne dass hierfür eine zusätzliche Publizität erforderlich ist (Art. 194, 196 LH)⁷⁴. Werden Abgaben oder Steuern für mehr als zwei Jahre geschuldet und lässt sich der Staat hierfür eine Hypothek eintragen, gehen auch diese Forderungen allen anderen vor (Art. 194 Abs. 3 LH)⁷⁵. Gleiches gilt für den Versicherer einer Immobilie, wenn die Prämienzahlung zwei oder mehrere Jahre ausstehen und er sich dafür eine gesetzliche Hypothek hat eintragen lassen (Art. 195, 196 LH)⁷⁶. Nach der am weitesten verbreiteten Auffassung gehören jener Kategorie die gesetzlichen Hypotheken zugunsten der Staatsfinanzen (*Hacienda Pública*), die gesetzlichen Hypotheken zugunsten der Versicherer und die gesetzlichen Hypotheken zugunsten der Wohnungseigentümerversammlungen, die dem Wohnungseigentumsgesetz⁷⁷ unterworfen sind, an⁷⁸.

5. Umfang der hypothekarischen Haftung

Die hypothekarische Sicherung umfasst nicht nur das Grundstück, sondern auch das natürliche Zubehör sowie wertverbessernde Maßnahmen (*mejoras* wie Bepflanzungen, bauliche Maßnahmen, Reparaturen, Schönheitsreparaturen, Umbauten usw.) und Ersatzansprüche des Eigentümers (Art. 109, 110 LH, Art. 1877 CC)⁷⁹ – unabhängig vom jeweiligen Eigentumsrecht (Art. 1872 CC)⁸⁰. Die hypothekarische Haftung erstreckt sich ebenso auf entrichtete oder dem Eigentümer geschuldete Entschädigungszahlungen für die belasteten Güter (inklusive Enteignungen), sofern das die Entschädigung auslösende Ereignis nach der Hypothekenbe-

⁷³ Genauer zur *hipoteca legal tácita* nach der Abgabenordnung bei Arranz de Andrés, La Hipoteca Legal Privilegiada de la Ley General Tributaria, Aproximación Jursiprudencial, insbesondere S. 23 ff.

⁷⁴ Garrido, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I., Art. 90, S. 1634; Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 120, S. 747.

⁷⁵ Puig Brutau, Compendio de Derecho Civil, Bd. III, S. 490 ff.

⁷⁶ Díez Soto, in: Preferencia de créditos, Manuales de formación continuada 2, S. 115.

⁷⁷ Ley de Propiedad Horizontal.

⁷⁸ Díez Soto, in: Preferencia de créditos, Manuales de formación continuada 2, S. 115, 116.

⁷⁹ O'Callaghan, Código Civil, Art. 1877, S. 1945; Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 122, S. 757.

⁸⁰ Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 77; Näheres zum Umfang der hypothekarischen Haftung bei Saavedra Montero, El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca.

stellung eingetreten ist (Art. 110 Nr. 2 LH). Auf dauerhaft eingestellte bewegliche Güter, Früchte und auf fällige, aber noch nicht eingezogene *rentas* (Mietzinsen) und sonstige Erträge des Grundstücks erstreckt sich die Hypothek nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde (Art. 111 LH). Auf Neubauten erstreckt sich die Hypothek ebenfalls nur, wenn eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung vorhanden ist. Dies ist insbesondere bei der Bauträgerfinanzierung und bei der Entwicklung gewerblicher Immobilien wichtig⁸¹. Auf den Inhalt der Hypothekenbestellungsurkunde ist daher genau zu achten. Bei der Grundstücksübertragung auf einen Dritten unterliegen der Haftung weder dauerhaft eingestellte Möbel noch Früchte oder fällige *rentas*, die dem erwerbenden Dritten gehören, noch *mejoras*, die der Dritte auf seine Kosten durchgeführt hat und die weder Reparatur-, Sicherheits- noch Umbauarbeiten sind (Art. 112 LH).

Daneben lässt Art. 140 LH zu, dass in der Hypothekenbestellungsurkunde die persönliche Haftung des Schuldners nur auf das mit der Hypothek belastete Grundstück beschränkt wird. Ein darüber hinaus bestehendes Vermögen des Schuldners kann deshalb nicht in Anspruch genommen werden (*hipoteca con responsabilidad limitada*)⁸².

6. Vollstreckung

a) Rechtslage nach dem altem Zivilprozessrecht

Für den Fall, dass der hypothekarisch gesicherte Kredit nicht zurückgezahlt wird, sah das spanische Recht bis zur Reform des Zivilprozessrechts im Jahr 2001 drei Vollstreckungsverfahren vor. Das ordentliche, außergerichtliche und summarische Vollstreckungsverfahren. Das ordentliche Vollstreckungsverfahren (*juicio ejecutivo ordinario*), das nach den Regeln der spanischen Zivilprozessordnung (Art. 1429 LEC a.F.⁸³) verlief, war umständlich und daher ohne jede praktische Bedeutung. Da sich das außergerichtliche Vollstreckungsverfahren (*ejecución extrajudicial*) in der Praxis als völlig bedeutungslos erwies, wurde es 1992 völlig neu geregelt⁸⁴. Die Parteien konnten das außergerichtliche Vollstreckungsverfahren in der notariellen Hypothekenbestellungsurkunde vereinbaren. Für die Zwangsversteigerung war dann nicht mehr das Vollstreckungsgericht zuständig, sondern der Notar⁸⁵. Dieses Verfahren wurde jedoch vom *Tribunal Supremo* für verfassungswidrig erklärt⁸⁶, weil die Gerichte nach Art. 117

⁸¹ Meyer, Die Bank 2000, S. 512, 513.

⁸² Löber, Grundeigentum in Spanien, S. 47; Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 52.

⁸³ LEC - *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881* (Gaceta Nr. 36, v. 5.2.1881).

⁸⁴ *Real Decreto* 290/1992 vom 27.3.1992.

⁸⁵ Gathmann, Spanisches Zwangsvollstreckungsrecht, S. 181 f.

⁸⁶ STS 4.5.1998 (ARJ 1998, 3464), später bestätigt durch STS 30.1.1999 und 20.4.1999. Der Senat setzte sich damit aber nicht nur über den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers hinweg, sondern widersprach auch

Abs. 3 CE für Rechtsstreitigkeiten aller Art zuständig sind⁸⁷. Das in Art. 131 ff. LH geregelte summarische Verfahren (*procedimiento judicial sumario*) war schließlich das in der Praxis bedeutsamste⁸⁸. Dessen Anwendung setzte voraus, dass auf dieses Verfahren in der Bestellungsurkunde bereits Bezug genommen worden war und eine Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben wurde⁸⁹.

b) Rechtslage nach der neuen LEC

Mit der Reform des Zivilprozessrechts⁹⁰ (*Ley de Enjuiciamiento Civil*)⁹¹ im Jahr 2001 und den damit verbundenen Veränderungen im Vollstreckungsrecht wurden in Spanien neben dem einheitlichen Vollstreckungsverfahren im Bereich der Immobilienverwertung auch Verfahrensalternativen eingeführt, die insgesamt zu einer Verbesserung der Hypothekenvollstreckung⁹² geführt haben⁹³.

Für die Inanspruchnahme der Hypothek⁹⁴ bedarf es grundsätzlich der Hypothekenbestellungsurkunde als Rechtstitel, die mit dem Eintragungsvermerk des Grundbuchs versehen ist (Art. 517, 685 Abs. 1 LEC). Die Vollstreckungskosten können zu einem bestimmten Teil

früheren Urteilen anderer Spruchkörper des TS, die das Verfahren für verfassungsgemäß hielten, vgl. etwa SSTs 19.4.1997 (ARJ 1997, 3429), 8.5.1996 (ARJ 1996, 3782), 23.10.1995 (ARJ 1995, 8123), 16.10.1995 (ARJ 1995, 7542) und 5.4.1995 (La Ley 1995-II, S. 357). Hierzu auch *Reichmann*, INF 1998, S. 12 ff.

⁸⁷ Da es für die Entscheidungszuständigkeit auf die Vor- oder Nachkonstitutionalität der gesetzlichen Grundlage und nicht des entsprechenden Ausführungsdekrets ankommt, konnte das Gericht die entsprechende Norm des *Reglamento Hipotecario* als von der Verfassung derogiert erklären.

⁸⁸ *Löber*, Grundeigentum in Spanien, S. 50.

⁸⁹ *Gathmann*, Spanisches Zwangsvollstreckungsrecht, S. 178 f.

⁹⁰ Vgl. hierzu allgemein *Correa Delcasso*, INF 2000, 3 ff.; *Cordón Moreno/Armenta Deu/Muerza Esparza/Tapia Fernández* Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. I-II; *Cortés Domínguez/Moreno Catena*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. I-V; *De la Oliva Santos/Díez-Picazo Giménez/Vegas Torres/Banacloche Palao*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil; *Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. I-III; *Galán*, in: La nueva Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, S. 207 ff.; *Lledó Yagüe*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; *López López/Alegret Burgués*, La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia; *Ortells Ramos*, Derecho Procesal Civil; *Ensasa Casuelleras/Fries*, INF 2002, 35 ff.; *Fröhlingsdorf/Lincke*, RIW 2001, 357 ff.

⁹¹ *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (BOE Nr. 7, vom 8. Januar 2000; Fehlerkorrektur in BOE Nr. 90, vom 14. April 2000, und Nr. 180, vom 28. Juli 2001). Das Gesetz trat am 8. Januar 2001 in Kraft (*D.F. vigésima primera LEC*).

⁹² Zur Hypothekenvollstreckung allgemein vgl. *Díaz Fraile*, Ejecución Judicial sobre Bienes Hipotecados; *Martín Diz*, La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles; *Montero Aroca*, Las Ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹³ So *Gómez Salcedo*, in: *López López/Alegret Burgués*, La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia, S. 845.

⁹⁴ Zu den Vollstreckungsverfahren einer Hypothek allgemein *Reichmann*, RIW 2001, S. 685 ff.; *Cortés Domínguez/Moreno Catena*, Derecho Procesal, Parte Especial, S. 319 ff.; *dies.*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. IV, S. 245 ff.; *Martín Pastor*, in: *Ortells Ramos*, Derecho Procesal Civil, S. 861 ff.; *Miñarro Montoya*, in: Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S. 785, 824; *Peña Bernaldo de Quirós*, La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El embargo. La vía de apremio. Ejecución de hipoteca y prenda; eingehend *Rivera Fernández*, La ejecución de la hipoteca inmobiliaria.

abgesichert werden, sofern dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart wurde⁹⁵. Die bei der Vollstreckung entstehenden hohen Kosten und der Umstand, dass das im Vollstreckungsverfahren zugeschlagene Realvermögen zu verwalten ist, sind als Nachteile einer Hypothek zu bewerten.

(1) Vollstreckungsverfahren

Die LEC sieht kein eigenes nur für die Vollstreckung von Immobiliehypotheken vorgesehenes Vollstreckungsverfahren vor, enthält aber besondere Vorschriften für die Vollstreckung von mit Hypothek oder Pfändung belasteten Gütern⁹⁶ (Art. 681 ff. LEC, Art. 129 LH)⁹⁷. Neben diesen speziellen Vorschriften kommen bei der Versteigerung hypothekarisch belasteter Immobilien zudem die Regeln der Immobilienversteigerung und die allgemeinen Verfahrensgrundsätze zur Anwendung (Art. 691 Abs. 4 i.V.m. Art. 655 ff. LEC)⁹⁸.

(2) Urkundsprozess

Als vollstreckungsfähige Urkunde kann die Hypothekbestellungsurkunde alternativ auch in einem Urkundsprozess (*juicio ejecutivo*) eingesetzt werden (Art. 126, 127 LH i.V.m. Art. 517 ff. LEC). Es wird dann nicht aus der Hypothek vollstreckt, sondern aus dem im Urkundsverfahren erlangten und im Grundbuch eingetragenen dinglichen Arrest⁹⁹.

(3) Außergerichtlicher Verkauf durch Notar

Ebenso möglich ist der außergerichtliche Verkauf des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks durch einen Notar (*venta extrajudicial*)¹⁰⁰, wenn dies in der Bestellungsurkunde ausdrücklich vereinbart wurde (Art. 129 LH¹⁰¹, Art. 1858 CC, Art. 234 RH). Zuständig ist der am Ort der hypothekarisch belasteten Immobilie befähigte Notar (Art. 236 Abs. 1 RH). Die näheren Bestimmungen zum außergerichtlichen Vollstreckungsverfahren sind in Art. 234 bis 236 o) RH geregelt.

⁹⁵ *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III, Teil II, § 50, S. 243, wobei dies nur bei einer Höchstbetragshypothek vereinbart werden kann.

⁹⁶ Umfasst sind von diesen Sondervorschriften auch Mobiliar- und Schiffshypothek.

⁹⁷ Näheres hierzu bei *Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. III, Art. 681, S. 3080 ff.

⁹⁸ Zur Zwangsversteigerung der hypothekarisch belasteten Immobilien vgl. insbesondere *Rivera Fernández*, La ejecución de la hipoteca inmobiliaria, S. 361 ff.; *Reichmann*, RIW 2001, S. 685, 686. Zur Zwangsversteigerung von Immobilien allgemein, *Cortés Domínguez/Moreno Catena*, Derecho Procesal, Parte Especial, S. 296 ff.; *dies.*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. IV, S. 219 ff.

⁹⁹ *Reichmann*, RIW 2001, S. 685, 686.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu auch *Casanova Sanguino*, BCRE 2003, S. 1903 ff.; *Cortés Domínguez/Moreno Catena*, Derecho Procesal, Parte Especial, S. 323 ff.; *dies.*, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Bd. IV, S. 249 ff.

¹⁰¹ Art. 129 LH wurde durch *D.F. novena* Abs. 4 LEC der Zivilprozessrechtsreform geändert.

(4) Realisierungsabrede und Vollstreckung durch spezialisierte Personen oder Unternehmen

Des Weiteren besteht neben der öffentlichen Zwangsversteigerung die Möglichkeit, die Immobilie entweder im Rahmen einer Realisierungsabrede (*convenio de realización*, Art. 640 LEC) oder durch hierauf spezialisierte Personen oder Unternehmen (*persona o entidad especializada*, Art. 641 LEC) privatwirtschaftlich zu verwerten (Art. 691 Abs. 5 LEC)¹⁰². Mit dieser Regelung sollten vor allem Kosten- und Zeitaufwand reduziert und die spanische Justiz entlastet werden¹⁰³.

Für eine Realisierungsabrede¹⁰⁴ findet im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers oder -schuldners¹⁰⁵ eine mündliche Verhandlung vor Gericht statt, die die Einigung auf die effektivste Verwertungsart des hypothekarisch belasteten Grundstücks anstrebt (Art. 640 Abs. 1 LEC). Es können Personen benannt werden, die das belastete Grundstück zu einem Preis erwerben möchten, der über dem möglichen Erlös aus einer öffentlichen Versteigerung liegt. Andere Realisierungsarten des Grundstücks sind ebenso denkbar. Unter Berücksichtigung der rechtlich geschützten Drittinteressenten genehmigt das Gericht die Realisierungsabrede der Parteien und setzt die Vollstreckung aus (Art. 640 Abs. 3 LEC). Nach Erfüllung der Realisierungsabrede wird das Vollstreckungsverfahren in das hypothekarisch belastete Grundstück eingestellt (Art. 640 Abs. 4 LEC)¹⁰⁶.

Auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers oder -schuldners kann das Gericht auch die Verwertung der gepfändeten Sachen durch eine hierauf spezialisierte Person (Art. 641 Abs. 1 S. 1 LEC) oder ein eben solches Unternehmen (Art. 641 Abs. 1 S. 2 LEC) verfügen, wenn die Eigenschaften der Sache dies anbieten. Bei der Verwertung von Immobilien ist Art. 641 Abs. 3 LEC zu beachten. Das Gericht bestimmt die mit der Verwertung zu betrauende Person oder das Unternehmen und legt die Verwertungsbedingungen fest. Der Verkaufspreis darf aber nicht unter 70 Prozent des Immobilienwertes liegen (Art. 641 Abs. 3 i.V.m. Art. 666 LEC)¹⁰⁷.

¹⁰² Genauer hierzu bei *Cortés Domínguez/Moreno Catena*, *Derecho Procesal, Parte Especial*, S. 292 ff.; *Franco Arias*, in: *Lorca Navarrete*, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bd. III, Art. 640, S. 3272 ff., Art. 641, S. 3278 ff.; *De la Oliva Santos/Díez-Picazo Giménez/Vegas Torres/Banacloche Palao*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Art. 640, S. 1111 ff., Art. 641, S. 114 ff.

¹⁰³ Vgl. *Meyer/Fries*, *Die Bank* 2002, S. 210.

¹⁰⁴ Näheres hierzu bei *Martínez de Santos*, *AC* 2004, S. 483 ff.

¹⁰⁵ Antragsbefugt sind auch Dritte, die ein direktes Interesse an der Vollstreckung nachweisen können, wie Gläubiger mit einem nachrangigen Pfandrecht.

¹⁰⁶ Wird die Realisierungsabrede nicht erfüllt, kann der Vollstreckungsgläubiger die Wiederaufnahme der Zwangsvollstreckung im Wege der direkten Einleitung des öffentlichen Zwangsversteigerungsverfahrens beantragen, um die Zahlung der hypothekarisch gesicherten Forderung zu erreichen. Vgl. *Meyer/Fries*, *Die Bank* 2002, S. 210 f.

¹⁰⁷ *Reichmann*, *RIW* S. 685, 690.

(5) Löschung nachrangiger Hypotheken

Abgesehen von den vorrangigen Hypotheken des Staates oder der Versicherer werden die übrigen Hypotheken gemäß ihres Ranges befriedigt (Art. 672 Abs. 1, 692 Abs. 1 LEC). Reicht der Versteigerungserlös nicht zur Befriedigung aller Hypotheken aus, werden die nachrangigen Lasten gestrichen (Art. 674 Abs. 2, Art. 642 LEC, Art. 132 ff. LH, Art. 175 Abs. 1 Nr. 2 RH)¹⁰⁸.

II. Konkursinteressen und Hypothekenmarkt

Im Insolvenzrecht spielt die Zusammensetzung der Konkursinteressen eine wichtige Rolle. Mit der insolvenzrechtlichen Behandlung des Hypothekengläubigers trifft der Gesetzgeber eine rechtspolitische Entscheidung in dieser komplexen Frage. Anhand der im Konkurs aufgenommenen Interessen lassen sich die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele konkretisieren, die letztlich auch die Beziehungen zwischen Staat, Gesellschaft und Wirtschaft betreffen¹⁰⁹. Der Interessenkonflikt im Konkurs soll grundsätzlich für alle Beteiligten gerecht gelöst werden. Versucht wird, die Aufnahme von Vollstreckungen zu verhindern, die das Vermögen des Schuldners aufspalten können, ohne aber die Interessen der dinglich gesicherten Gläubiger, insbesondere der Hypothekengläubiger, zu vernachlässigen, deren Interessen besonders berücksichtigt werden sollen. Die durch die Inhaberschaft der Hypothek verliehene Möglichkeit, schnell und unmittelbar vollstrecken zu können, gefährdet aber gleichzeitig die Konkursinteressen und die Interessen der anderen Gläubiger – insbesondere der einfachen Gläubiger¹¹⁰.

Die Bedeutung dieser Problematik ist nicht zu unterschätzen: Zum einen ist sie eng mit dem komplexen Thema der Rangfolge der Forderungen, der Vorzugsrechte und der Privilegien in der Reform verbunden. Zum anderen hat sie Auswirkungen auf die spanische Wirtschaft. Die Behandlung der Hypothekengläubiger berührt in der Praxis nicht nur das spanische Kreditwesen, sondern auch die so genannten „professionellen Gläubiger“, die die Kreditvergabe zu ihrem Beruf gemacht haben und im Konkurs auf jede Art von Schuldner – ob Unternehmer oder nicht – treffen. Der spanische Hypothekenmarkt ist in quantitativer und qualitativer Hinsicht sehr bedeutsam. Er spielt nicht nur bei der Finanzierungsabsicherung von Wohnungen, Wohngebäuden und gewerblichen Immobilien durch die Bestellung von Hypotheken eine

¹⁰⁸ Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, S. 56; Albaladejo, Derecho Civil, Bd. III, § 127, S. 782 f.; STS 22.5.1963. Allgemein hierzu Meneses Vadillo, BCRE 2004, S. 51 ff. und Álvarez Caperochipi, RCDI 2002, S. 1485 ff.

¹⁰⁹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1429 f.

¹¹⁰ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1430.

Rolle, sondern betrifft auch die Ausgabe von Hypothekendarlehen zur Absicherung der von den Emissionsbanken vergebenen Darlehen. Einleuchtend ist daher, dass der Hypothekenmarkt auf die Behandlung der Hypothekengläubiger im Konkursverfahren ganz besonders sensibel reagiert¹¹¹.

Die Vergabe von Hypothekendarlehen und anderen Finanzierungskrediten erfordert eine Absicherung der Rückführung der bewilligten Gelder. Weiß eine Bank allerdings nicht genau, wer vorzugsweise Befriedigung am Erlös, der durch die Verwertung der belasteten Sache erzielt wird, verlangen kann, wird diese Bank keine Hypothekendarlehen mehr vergeben¹¹². Die Bewilligung einer Finanzierung verlangt deshalb nach verlässlichen Sicherungsmitteln, die rechtlich entsprechend abgesichert sind.

Die in der Europäischen Union diesbezüglich existierenden unterschiedlichen Regelungen haben zudem das Bedürfnis nach Harmonisierung und Vereinheitlichung einiger Aspekte hervorgerufen. Innerhalb der Europäischen Union ist deshalb ein Minimum vorgeschrieben, das durch die EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, am 31.5.2002 in Kraft getreten – EuInsVO)¹¹³ garantiert wird und dem Finanzmarkt Rechtssicherheit bei der Vergabe dinglich gesicherter Darlehen gibt¹¹⁴.

¹¹¹ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1430.

¹¹² *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1354.

¹¹³ Zur EuInsVO allgemein vgl. *Leible/Staudinger*, KTS 2000, S. 533, 536 ff. und *Calvo Caravaca/Carrascosa González*, RCP 2004, S. 157 ff. Zur Behandlung dinglicher Kreditsicherheiten, vgl. *Naumann*, Behandlung dinglicher Kreditsicherheiten, S. 21 ff.

¹¹⁴ Vgl. hierzu *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1354.

III. Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung

Anders als bislang führt die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mehr automatisch zur vorzeitigen Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung. Erst mit der Eröffnung der Liquidation der Aktivmasse wird die Forderung vorzeitig fällig (Art. 146 LC)¹¹⁵. Diese Regelung ist vorwiegend darauf zurückzuführen, dass das Konkursverfahren den Erhalt eines Unternehmens anstrebt. Ist die Forderung des dinglich gesicherten Gläubigers noch nicht fällig, kann er auch nicht die Vollstreckung seiner Sicherheit betreiben, auch wenn es sich um Sachen handelt, die nicht von der Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen sind¹¹⁶.

Zu einer vorzeitigen Fälligkeit kommt es allerdings dann, wenn sich im Falle der Insolvenz des Schuldners – auf die Konkurseröffnung kommt es nicht an – die Sicherheit als unangemessen oder unzulänglich erweist (Art. 1129 Nr. 1 und 3 CC), oder wenn dies in einem wirksamen Vertrag so vereinbart worden ist. In der Hypothekenpraxis sind vorzeitige Fälligkeitsklauseln üblich¹¹⁷. Traditionell wurden aber diejenigen Klauseln als unzulässig erachtet, die die Fälligkeit von der Tatsache abhängig machen, dass der Schuldner in eine Konkursituation gerät¹¹⁸. Diese Linie verfolgt auch das Konkursgesetz, indem es Klauseln, die die Auflösung eines Vertrages nur aufgrund der Konkurseröffnung einer Partei ermöglichen, für unwirksam erklärt (Art. 61 Abs. 3 LC). Das Gesetz enthält ausdrücklich aber keine Regelung zur Nichtigkeit einer Vorfälligkeitsklausel, wie dies etwa noch im Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1983 vorgeschlagen worden war¹¹⁹.

Zum Teil wird daher vertreten¹²⁰, dass die Unwirksamkeit von Vorfälligkeitsklauseln dem Gedanken entspreche, der in der zitierten Regelung über gegenseitige Verträge, die ebenfalls vom Ziel des Unternehmenserhalts getragen ist, zum Ausdruck kommt. Wäre eine Vorfälligkeitsabrede zulässig, würde das in Art. 61 Abs. 3 LC enthaltene Verbot umgangen. Denn die

¹¹⁵ *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 897.

¹¹⁶ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 71.

¹¹⁷ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Sánchez*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1043.

¹¹⁸ RRDGRN 27.1.1986, 5.6.1987 (ARJ 1997, 4835), 23.10.1987, 26.10.1987, 24.4.1992. Die DGRN lehnte die Eintragbarkeit solcher vorzeitigen Fälligkeitsklauseln ab und stütze sich hierbei auf Gründe, die in der zweifelhaften Differenzierung zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Wirkung fußten, um die Eintragung bei der Hypothek zu vereinfachen.

¹¹⁹ Art. 177 ALC von 1983.

¹²⁰ Nach *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1435, sollen Klausel, die eine vorzeitige Fälligkeit im Konkursfall vorsehen, aufgrund der überwiegend erhaltenden Funktion des Konkurses und in Analogie zu Art. 61 Abs. 3 LC ebenso unwirksam sein. *Curiel Lorente*, Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad, S. 119 beruft sich hierbei ebenso auf eine Analogie zu Art. 61 Abs. 3 LC; sowie *Pau Pedrón*, Las limitaciones patrimoniales del concursado, S. 50 ff. Auch *Lobato García-Miján*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 187, verneint hinsichtlich des überkommenen Rechts die Möglichkeit, eine vorzeitige Fälligkeit im Fall einer Sicherheit zu vereinbaren und beruft sich hierbei auf die Entscheidung des TS 23.4.1990 (ARJ 1990, 2763).

Wirkung einer solchen Abrede entspräche letztlich der einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages¹²¹. Nach anderer Ansicht¹²² könne Art. 61 Abs. 3 LC nicht entnommen werden, dass es eine solche Klausel untersage. Die Vorschrift verbiete zwar eine Vereinbarung, die eine Auflösung des Vertrages aufgrund der Konkurseröffnung vorsieht, die vorzeitige Fälligkeit sei aber gerade keine Vertragsauflösung, sondern bedeute nur, dass eine Verpflichtung, deren Erfüllung der Gläubiger begehrt, nicht mehr eingefordert werden kann.

Gegen das Verbot von Vorfälligkeitsklauseln spricht, dass sich aus dem Verbot Konsequenzen ergeben könnten, die von der Vorschrift gar nicht beabsichtigt sind. Auswirkungen hätte dies insbesondere im Bereich der Kreditverträge, in dem die Kreditinstitute eine wichtige Position einnehmen. Bei solchen Verträgen könnte der Konkurs sogar eröffnet werden, wenn die Gelder nicht gleichzeitig mit der Vertragsunterzeichnung verfügbar gemacht wurden, obwohl über den Gesamtbetrag des Darlehens noch nicht verfügt wurde. Hat keiner der Vertragsteile erfüllt, kann auch keiner von ihnen den Vertrag auflösen. Einer Finanzierungslinie ist daher zu folgen, weshalb dem Konkursschuldner die vereinbarte Finanzierung zu gewähren ist. Es handelt sich dann um eine Forderung gegen die Masse¹²³, die für die Dauer des Konkursverfahrens gestundet und nur im Falle der Liquidation vorzeitig fällig wird.

Erfolgt die Rückzahlung des Kapitals oder die Zahlung der Zinsen innerhalb unterschiedlicher Fristen, ist eine Vereinbarung der Gesamtfälligestellung jedenfalls möglich, wenn eine innerhalb der Fristen zu erfolgende Zahlung ausbleibt (Art. 693 Abs. 1 S. 2 LEC, der mit der Auflösung wegen Nichterfüllung nach Art. 62 LC übereinstimmt)¹²⁴. Dem steht nicht entgegen, dass die Konkursverwaltung unter dieser Voraussetzung die vorzeitige Fälligkeit vermeidet, wenn sie zulasten der Masse die regelmäßigen Zahlungen erfüllt, zu denen der Konkursschuldner verpflichtet ist (Art. 61 Abs. 2 S. 1 u. 2 LC). Auch wenn ein Grund zur Auflösung bestehen sollte, kann der Richter in jedem Fall unter Beachtung der Interessen des Konkurses die Erfüllung des Vertrages anordnen. Die geschuldeten Zahlungen oder das vom Konkursschuldner Geschuldete erfolgen dann zu Lasten der Masse¹²⁵ (Art. 62 Abs. 3 LC)¹²⁶. Bei Forderungen, die wegen ausbleibender Tilgungsraten oder aufgelaufener Zinsen vorzeitig fällig geworden sind, ist die Auflösung des Vertrages aber nicht die einzige Lösung¹²⁷. Die Konkursverwaltung kann einen Darlehensvertrag wieder aufnehmen, wenn die entsprechenden

¹²¹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1435.

¹²² Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 71, 72.

¹²³ Das paradoxe an dieser Situation der Kreditinstitute stellt Lefèbvre, Dossier Práctico Francis Lefèbvre, S. 2335 ff. heraus.

¹²⁴ Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Sánchez, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1044.

¹²⁵ “siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”, Art. 62 Abs. 3 LC.

¹²⁶ Vgl. Sánchez Rus/Sánchez Rus, in: Rojo/Sánchez, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1044.

¹²⁷ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1436.

Zahlungen innerhalb der letzten drei Monate vor Konkurseröffnung ausgeblieben sind. Voraussetzung ist jedoch, dass sie vor Ablauf der Anmeldefrist der Forderungen dem Gläubiger die Wiederaufnahme mitteilt, alle im Zeitpunkt der Wiederaufnahme rückständigen Beträge befriedigt oder hinterlegt und die zukünftigen Zahlungen zulasten der Masse übernimmt (Art. 68 Abs. 1 LC). Widersetzt sich der Gläubiger hingegen und hatte er vor Konkurseröffnung Zahlungsklage gegen den Schuldner, einen gesamtschuldnerisch haftenden Drittschuldner oder einen Bürgen erhoben, wird der Vertrag nicht wieder aufgenommen (Art. 68 Abs. 2 LC).

IV. Einstufung der hypothekarisch gesicherten Forderung

Im Vergleich zur alten Rechtslage hat die Insolvenzrechtsreform bei der Einstufung hypothekarisch gesicherter Forderungen nur wenige, aber wichtige Veränderungen mit sich gebracht (vgl. hierzu auch in diesem Kapitel A.V. und A.VI.). Angeknüpft werden soll hier an die Ausführungen zur Rangfolge der Forderungen im 4. Kapitel.

Die spanische Insolvenzrechtsreform folgt dem Prinzip der Universalität. Kein Gläubiger soll außerhalb des Konkursverfahrens agieren können (Art. 49 LC) und der Masse soll keine Sache entzogen werden (Art. 76 LC)¹²⁸. Unter Zugrundelegung dieses Prinzips wird der Hypothekengläubiger zum Konkursgläubiger, da seine Forderung eine Konkursforderung darstellt. Wie die anderen privilegierten Gläubiger ist er dem Grundsatz der Anmeldung, der Anerkennung und der Klassifizierung der Forderungen unterworfen (Art. 85 Abs. 1 LC). Allerdings besteht für ihn eine Besonderheit, weil in die Gläubigerliste zwingend jene dinglich gesicherten Forderungen aufzunehmen sind, deren Sicherheiten in einem öffentlichen Register eingetragen sind (Art. 86 Abs. 2 LC)¹²⁹. Ein derart gesicherter Gläubiger muss deshalb seine Forderung nicht extra anmelden, weil die Immobiliehypothek im Grundbuch eingetragen ist. Dies erscheint logisch. Denn die Eintragung der gesicherten Forderungen ist bereits hinreichender Beweis für die Existenz der Forderung, auch wenn möglicherweise die Rechtmäßigkeit der Forderung abzulehnen wäre, da die Hypothek unrechtmäßige Forderungen nicht legitimiert¹³⁰.

Als Konkursforderungen werden die hypothekarisch gesicherten Forderungen vom Konkursgesetz als besonders privilegierte Forderungen klassifiziert (Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC). Denn im Vergleich zu den allgemeinen Privilegien, die dem Gläubiger ein Befriedigungsrecht an der Gesamtheit des schuldnerischen Vermögens einräumen, lasten sie auf einer bestimmten

¹²⁸ Was von Rojo Fernández-Rio als „*doble integración universal*“ bezeichnet wurde (bereits zum ALC von 1983), in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S. 89, 107.

¹²⁹ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 855.

¹³⁰ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, 1425, 1440.

Sache oder Gruppe von Sachen des schuldnerischen Vermögens. Wie bereits im 3. Kapitel (dort A. II. 4.b) angesprochen, erscheint die Qualifizierung als Privileg jedoch fehlerhaft, weil es sich in Wirklichkeit um eine dingliche Sicherheit handelt, die Grund zur Bevorzugung ist¹³¹. Das Gesetz spricht nur von Privilegien und vernachlässigt hierbei die klassische Unterscheidung zwischen dinglicher Sicherheit und Privileg (hierzu ausführlich im 3. Kapitel A. II. 4.B). Letztlich erkennt das Gesetz aber die Möglichkeit der Vertragsteile an, Gründe für eine Bevorzugung zu schaffen, die sich in der Regel mit den dinglichen Sicherheiten decken. Die Vertragspartner wollen den gewöhnlichen Schutz des Forderungsrechts durch die Einräumung eines akzessorischen dinglichen Vorzugsrechts an dem Verwertungserlös einer bestimmten Sache stärken. Zu unterscheiden ist daher zwischen dem dinglichen Recht an der konkreten Sache, hier einer Immobilie, die zugunsten des Gläubigers belastet wird, und dem Vorzugsrecht am Verwertungserlös der Immobilie¹³².

Wie bereits aufgezeigt, verlangt Art. 90 Abs. 2 LC, dass die Sicherheiten des Art. 90 Abs. 1 LC nach den jeweils spezialgesetzlichen Anforderungen und Formalitäten begründet sind, um Dritten gegenüber einwendbar zu sein. Hiervon ausgenommen sind nur die stille gesetzliche Hypothek und die Baukredite der Arbeitnehmer. Der konstitutive Charakter der Eintragung einer Hypothek ergibt sich klar aus Art. 1875 CC und Art. 145 LH. Der Bestimmung in Art. 90 Abs. 2 LC ist hingegen nicht eindeutig zu entnehmen, dass die Eintragung im Grundbuch zwingende Voraussetzung für die Entstehung der Hypothek ist. Die Eintragung scheint vielmehr nur Voraussetzung für die Einwendbarkeit gegenüber Dritten zu sein. Bedenkt man jedoch, dass neben der Hypothek auch andere dingliche Sicherheiten in Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 LC geregelt sind (wie Pfandrecht, Antichrese oder auflösende Bedingung)¹³³, so ist die Eintragung systematisch als Voraussetzung für die Einwendbarkeit dieser Sicherheiten zu verstehen.

¹³¹ Nach *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 138 f., liegt der wesentliche Unterschied zwischen Privileg und Hypothek in der Wirksamkeit der Hypothek gegenüber einer Veräußerung oder einer ihrer Bestellung vorhergehenden Belastung, in dem das Recht des Hypothekengläubigers gegenüber einem vorhergehenden Erwerb eines Dritten respektiert wird, was bei den Privilegien nicht der Fall ist. Dies kann jedoch einfach auf Art. 32 LH zurückgeführt werden, wonach das Eigentum oder andere dingliche Rechte an Immobilien, die nicht ordnungsgemäß im Grundbuch eingetragen und angemerkt sind, Dritte nicht beeinträchtigen. Der Hypothekengläubiger erwirbt daher sein dingliches Recht von demjenigen, der im Register eingetragen ist (Art. 34 LH). Vgl. hierzu *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 191.

¹³² In diesem Sinne *Garrido*, Tratado de las preferencias del crédito, S. 57 ff.; *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1438.

¹³³ *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 856.

V. Hypothekenforderung und Masseforderungen

1. Hypothek im Verhältnis zu Masseschulden allgemein

Ein weiterer wichtiger Aspekt bei der Untersuchung der Behandlung des Hypothekengläubigers im Konkurs ist dessen Verhältnis zu den Masseforderungen (vgl. hierzu im 3. Kapitel A.II.3.). Diese spielen in einem Konkursverfahren, das vornehmlich den Erhalt eines insolvent gewordenen Unternehmens anstrebt, eine wesentliche Rolle. Schließlich kann deren Befriedigung mit der Befriedigung der privilegierten Gläubiger allgemein und der Befriedigung der Hypothekengläubiger im Besonderen in Konflikt geraten.

Die Regelung der Masseverbindlichkeiten im Konkursgesetz ist strittig. Einerseits liegt dies an der Stellung des Art. 84 LC im dritten Kapitel des vierten Hauptabschnitts, das sich der Passivmasse widmet. Art. 84 LC, der die Forderungen gegen die Masse aufzählt, zeugt von einer unzulänglichen Gesetzestchnik. Treffender wäre gewesen, die Materie im Verfahrensabschnitt zur Aktivmasse zu regeln, weil die Aktivmasse durch die Vorauszahlung der Masseschulden geschmälert wird¹³⁴. Andererseits ist in Art. 154 Abs. 3 S. 1 LC festgelegt, dass der Abzug von der Aktivmasse zur Befriedigung der Masseforderungen nur zulasten der Sachen und Rechte erfolgt, die nicht der Befriedigung besonders privilegierter Forderungen dienen, zu denen auch die Hypothekenforderungen zählen. Die wesentliche Frage ist daher, wie Fälle zu lösen sind, bei denen die Sachen und Rechte der Masse, die nicht für die Befriedigung besonders privilegierter Forderungen bestimmt sind, nicht zur Zahlung der Masseforderungen ausreichen. In der Praxis dürfte dies keine Seltenheit sein, nicht nur bei freiwilligen (Art. 2 Abs. 3 LC), sondern auch bei notwendigen Konkursverfahren (Art. 2 Abs. 2 LC) (vgl. zum freiwilligen und notwendigen Konkurs auch im 2. Kapitel B.II.2.a, b). Das Problem kann ebenso auftreten, wenn sich die Konkursverwaltung dazu entschließt, gemäß Art. 155 Abs. 2 LC vorzugehen, d.h. ohne Verwertung der belasteten Sachen und Rechte die Zahlung der besonders privilegierten Forderungen herbeizuführen, solange die Fristen des Art. 56 Abs. 1 LC noch nicht abgelaufen sind oder die Aussetzung der vor Konkurseröffnung eingeleiteten Vollstreckungen andauert. In diesem Fall wird die Gesamtheit der Tilgungsraten und fälligen Zinsen befriedigt und die Konkursverwaltung behandelt die künftigen Forderungen als Masseforderungen (Art. 155 Abs. 2, 84 Abs. 2 Nr. 7 LC)¹³⁵.

¹³⁴ So sah dies bereits *Beltrán Sánchez*, *Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, S. 167 ff., in Bezug auf das ALC aus dem 2001; ebenso *Pulgar Ezquerro*, *RDM 2003*, S. 1425, 1465.

¹³⁵ *Pulgar Ezquerro*, *RDM 2003*, S. 1425, 1466.

In den Anfangstexten der Reform wurde das in Art. 154 Abs. 3 LC behandelte Thema nicht angesprochen. In Art. 154 Abs. 3 LC ist geregelt, dass im Fall der Unzulänglichkeit der Sachen und Rechte, die nicht für die Zahlung besonders privilegierter Forderung bestimmt sind, der erzielte Erlös unter den Massegläubigern in der Reihenfolge ihrer Fälligkeit zu verteilen ist (Art. 154 Abs. 3 S. 2 LC). Der Hypothekengläubiger wird daher mit dem Erlös der Vollstreckung in die Sache, auf der die Hypothek ruht, befriedigt. Er muss also kein Opfer erbringen, wenn sich die Sachen, die nicht zur Erfüllung besonders privilegierter Forderungen vorgesehen sind, als unzureichend für die Befriedigung der Masseschulden erweisen. Es besteht somit die Möglichkeit, dass Massegläubiger mit ihren Forderungen im Konkurs ausfallen können: Unterhaltsschulden, Kosten, die aus der Ausübung der Tätigkeit des Schuldners herühren, insbesondere Lohnforderungen der letzten 30 Arbeitstage vor Konkurseröffnung können unbefriedigt bleiben¹³⁶. Aus Sicht der Hypothekengläubiger erscheint diese Lösung selbstverständlich ideal. Aus der Perspektive des Konkurses ist sie hingegen eher fraglich¹³⁷, besonders wenn man davon ausgeht, dass das Ziel des Konkurses der Erhalt des Konkursunternehmens ist, was in hohem Maße von der Befriedigung einiger Masseschulden abhängt.

Im gescheiterten Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1983 (*Anteproyecto de Ley Concursal* - ALC) wurde der Unternehmenserhalt bereits als wesentliche Aufgabe des Konkurses verstanden¹³⁸. Nach jetzigem Konkursrecht stellt der Unternehmenserhalt das Ziel des Konkursverfahrens dar und unterscheidet sich damit in seiner Bedeutung von der des ALC von 1983. In dem gescheiterten ALC war der Erhalt des Unternehmens Ziel seiner selbst willen, da er mit der Sanierung des Unternehmens verbunden war¹³⁹. Gegenüber dieser Herangehensweise sind die Sanierungstendenzen nunmehr überwunden. Die umgesetzte Insolvenzrechtsreform ist von anderen realistischeren Ansätzen geprägt, die Sinn und Bedeutung des Konkursverfahrens besser gerecht werden. Dem Konkurs wird nicht mehr vordergründig eine sanierende Funktion zugeschrieben. Ziel ist der Erhalt des insolventen Unternehmens¹⁴⁰. Der Erhalt ist nicht zwangsläufig mit einer Sanierung verbunden, die ein Mehr gegenüber dem bloßen Erhalt dar-

¹³⁶ Hierzu *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1469.

¹³⁷ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1467.

¹³⁸ Dort galten bestimmte Forderungen aus humanitären Gründen (wie etwa Unterhaltsforderungen oder Beerdigungskosten) als Forderungen gegen die Masse oder auch bestimmte Forderungen, von denen die Funktionsfähigkeit des Unternehmens abhing, so dass die Hypothekengläubiger Opfer erbringen mussten. Vgl. hierzu auch *Rojo Fernández-Rio*, in: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, RFDUC 1985, S. 89, 117 ff.

¹³⁹ Der Gesetzesentwurf stammt aus einer Zeit, in der die Sanierung des Unternehmens als Ziel des Konkursverfahrens im Vordergrund stand, vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1468.

¹⁴⁰ Begründung des Konkursgesetzes VI, VII, B.O.E. Nr. 164, vom 10. Juli 2003, S. 26910, 26911.

stellt. Mit dem Erhalt des Unternehmens wird letztlich das Hauptziel des Konkurses – die Befriedigung der Gläubiger – angestrebt¹⁴¹.

Die Konkurrenz der privaten Interessen auf Befriedigung und der anderen allgemeinen Interessen wird in der Reform vereinzelt zugunsten der privaten Interessen gelöst. Sichtbar wird dies etwa bei der Behandlung hypothekarisch gesicherter Gläubiger, wenn die nicht zur Zahlung einer besonders privilegierten Forderung bestimmten Sachen und Rechte unzureichend sind. Jene Gläubiger sind aber nicht völlig aus der „Opfergemeinschaft“ ausgenommen, denn auch ihnen werden vom Konkursverfahren aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Schuldners Opfer auferlegt, wie die Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 LC belegt¹⁴² (vgl. auch im 4. Kapitel A.VIII.2.).

2. Hypothek im Verhältnis zu bestimmten Lohnforderungen (*superprivilegio salarial*)

a) Europarechtlicher Einfluss

Nach der alten Regelung des spanischen Insolvenzrechts hatte der Inhaber einer bestimmten Lohnforderung eine bessere Stellung im Konkurs inne als der hypothekarisch gesicherte Gläubiger. Denn die Lohnforderungen der letzten 30 Arbeitstage vor Konkurseröffnung gingen allen anderen Forderungen – und damit auch den hypothekarisch gesicherten – als sog. *superprivilegio salarial* voraus (Art. 32 Abs. 1 *Estatuto de los Trabajadores* – ET) (vgl. hierzu auch im 3. Kapitel A. II. 4. d.).

Der europarechtliche Einfluss auf die Neuregelung des Verhältnisses der Hypothek zum *superprivilegio salarial* ist nicht zu leugnen, da die Unveränderbarkeit des dinglich gesicherten Forderungsrechts aufgrund der EG-Verordnung über Insolvenzsachen (EuInsVO)¹⁴³ im spanischen Recht eingeführt wurde. So sieht die EuInsVO einige Mindestbestimmungen zur Achtung und zum Schutz dinglich gesicherter Gläubiger in den Insolvenzverfahren vor. Neben der Unveränderbarkeit der dinglichen Rechte (*rights in rem*)¹⁴⁴ sind die dinglich gesicherten Forderungen unmittelbar durch die belastete Sache zu befriedigen¹⁴⁵.

¹⁴¹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1468.

¹⁴² Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1468 f.

¹⁴³ Verordnung des Rates (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzsachen, am 31.5.2002 in Kraft getreten. Vgl. hierzu insbesondere Calvo Caravaca/Carrascosa González, RCP 2004, Nr. 1, S. 157 ff.

¹⁴⁴ Vgl. etwa Art. 5 Abs. 2 der EG-Verordnung über Insolvenzsachen. González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1360.

¹⁴⁵ In der Zeit zwischen dem Inkrafttreten der EG-Verordnung und dem neuen Konkursgesetz war das *Estatuto de los Trabajadores* als aufgehoben zu betrachten, da es mit den Bestimmungen der Verordnung für dingliche Sicherheiten in Insolvenzsituationen kollidierte, so González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1352.

Nach der neuen Regelung im Konkursgesetz geraten die Gläubiger von Lohnforderungen der letzten 30 Tage vor Konkurseröffnung¹⁴⁶ und die Gläubiger dinglich gesicherter Forderung nicht mehr aneinander, da die belasteten Sachen zur Befriedigung der dinglich gesicherten Forderung bestimmt sind. Die Stellung dinglich gesicherter Forderungen wurde dadurch erheblich verbessert. Eine solche Forderung kollidiert nunmehr mit keiner anderen Forderung hinsichtlich der belasteten Sache, weil diese ausschließlich zur Befriedigung der so gesicherten Forderung vorgesehen ist. Dies entspricht dem Bedürfnis einer unveränderlichen Rechtsfigur in den Insolvenzverfahren auf europäischer Ebene. In dieser Hinsicht sind die Kreditinstitute bei der an eine dingliche Sicherheit gebundenen Kreditvergabe geschützt¹⁴⁷.

Die im Konkursgesetz vorgesehene Hierarchie der Privilegien wird, wie bereits erwähnt, nur im Konkursverfahren angewandt (vgl. hierzu auch im 3. Kapitel A.I.) Gleiches gilt für die EuInsVO. Hinsichtlich der verbleibenden Situationen, in denen Forderungen außerhalb des konkursrechtlichen Bereichs aufeinander treffen, ist daher Art. 32 ET weiterhin anzuwenden. Die bislang gültigen Regelungen gelten fort bis der Gesetzgeber eine neue Regelung eingeführt haben wird¹⁴⁸ (vgl. hierzu im 3. Kapitel A.I. und im 7. Kapitel E.II.)

b) Auswirkungen auf hypothekarisch gesicherte Gläubiger

Auf der einen Seite wird der Gläubiger einer Hypothek durch die unmittelbare Heranziehung der hypothekarisch belasteten Sache zur Zahlung der Forderung abgesichert. Er tritt hierbei nicht in Konkurrenz zu anderen Gläubigern des Konkursschuldners. Nachdem die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt worden ist, wird der Überschuss der Aktivmasse des Konkurses zugeführt. In diesem Punkt verbessert sich die Stellung des gesicherten Gläubigers gegenüber den Gläubigern einer Lohnforderung¹⁴⁹. Auf der anderen Seite muss sich der Hypothekengläubiger nunmehr nach den Regeln des Konkursverfahrens richten und ist einigen Beschränkungen bei der Ausübung seines Forderungsrechts unterworfen. Diese Einschränkungen betreffen allerdings nicht das Recht selbst, sondern nur seine Ausübung. Der Gläubiger einer Hypothek muss also Zugeständnisse machen, um einen reibungslosen Ablauf des Konkursverfahrens zu ermöglichen und unnötige vermögensrechtliche Störungen für den Schuldner zu vermeiden¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Vgl. zu den Lohnforderungen im Konkursgesetz auch allgemein *Rogel Vide*, in: *Cortés Domínguez/Otero Lastres/Rogel Vide*, Aspectos de la nueva Ley Concursal, S. 33, 49 f.

¹⁴⁷ *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1352.

¹⁴⁸ *D.F. trigésima tercera LC* zu einem *Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos*.

¹⁴⁹ Vgl. *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1359.

¹⁵⁰ *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1359.

Die Lohnforderungen der letzten 30 Tage vor Konkurseröffnung werden nunmehr nach der neuen Regelung in der *Ley Concursal* als Forderungen gegen die Masse eingestuft (Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 LC) (vgl. hierzu auch im 3. Kapitel A.II.3.). Im Gesetzesentwurf (*Proyecto de Ley Concursal*) wurde noch der Linie des ET gefolgt. Zwar wurden dort die Lohnforderungen der letzten 30 Tage als Konkursforderungen behandelt, sie waren jedoch vor der Befriedigung aller anderen Konkursforderungen und damit auch der hypothekarisch gesicherten Forderungen zu begleichen, wenn nicht ausreichend Masse zur Befriedigung der Lohnforderungen vorhanden war (Art. 154 PLC)¹⁵¹. Bei ausreichend Masse kam es hingegen zu keiner Kollision mit den dinglichen Rechten, sondern nur dann, wenn nicht genügend freie Sachen zur Befriedigung der Lohnforderungen vorhanden waren. Die Lohnforderungen sollten in diesem Fall wie nach altem Recht Vorrang vor den dinglich gesicherten Forderungen genießen¹⁵².

Die jetzige Einordnung der Lohnforderungen der letzten 30 Tage als Forderungen gegen die Masse bricht allerdings mit dem konkursrechtlichen Grundsatz über Konkursgläubiger und Gläubiger gegen die Masse. Konkursgläubiger sind danach diejenigen Gläubiger, die dem Gesamtverfahren zur Lösung der Krise unterworfen sind, weil sie bereits vor Konkurseröffnung Gläubiger des Schuldners waren. Die sich hiervon unterscheidenden Gläubiger gegen die Masse sind die Gläubiger „*ex post*“¹⁵³, die ihre Forderungen nach Beginn des Konkursverfahrens begründet haben, oder die für den Ablauf des Konkurses notwendigen Kosten (vgl. hierzu auch im 4. Kapitel A.II.3.). Die Lohnforderungen der letzten 30 Tage wären nach diesem Grundsatz als Konkursforderungen einzuordnen, da sie bereits vor Konkurseröffnung entstanden sind. Stattdessen sind sie nach dem Konkursgesetz als Forderungen gegen die Masse eingestuft worden. Dieser offensichtliche Vorteil wirkt sich auf die Beziehung zu anderen Gläubigern gegen die Masse aus, nicht aber auf die Beziehung zu den Hypothekengläubigern¹⁵⁴. Innerhalb der Forderungen gegen die Masse haben solche Lohnforderungen eine unübertroffene Stellung. Während die Mehrzahl der Forderungen gegen die Masse mit Beginn des Konkurses oder später entstanden sind – wie etwa Kosten –, sind die Lohnforderungen der letzten 30 Tage bereits vor dem Konkurs fällig geworden und zudem unverzüglich zu befriedigen (Art. 154 Abs. 2 S. 1, 2 LC). Hinsichtlich der hypothekarisch gesicherten Forderungen handelt es sich aber nur um eine theoretische Verbesserung. Denn die Lohnforderungen sind zwar vor der Befriedigung der privilegierten und allen anderen Forderungen von der Masse

¹⁵¹ Pantaleón Prieto, in: *de la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 507 f.

¹⁵² González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1361.

¹⁵³ Vgl. González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1361.

¹⁵⁴ Ríos Salmerón, AL 2003, S. 384; García-Perrote Escartín, JL 2003, S. 31; Fernández Ruiz, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho concursal, S. 427; González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1362.

abzuziehen. Jedoch erfolgt die Befriedigung der Gläubiger gegen die Masse nur zulasten von Sachen und Rechten, die nicht für die Zahlung besonders privilegierter Forderungen bestimmt sind (Art. 154 Abs. 3 S. 1 LC). Derartige Sachen werden auch dann nicht angegriffen, wenn sich die erlangten und vorher abgezogenen Sachen als unzureichend für die Befriedigung der Forderungen gegen die Masse erweisen (Art. 154 Abs. 3 S. 2 LC). Da den besonders privilegierten Gläubigern für die Befriedigung ihrer Forderungen die belasteten Sachen zur Verfügung stehen, bleiben ihre Rechte unberührt.

Im Vergleich zu den dinglich gesicherten Forderungen, wie den Hypothekenforderungen, verlieren somit die Lohnforderungen ihre Position als „Superprivileg“. Die Sachen, die für die Befriedigung der besonders privilegierten Forderung bestimmt sind, werden bei der Verteilung für die Forderungen gegen die Masse nicht berücksichtigt, es sei denn, dass beim Verkauf der Sache ein Überschuss erzielt wurde. Die Situation der dinglich gesicherten Gläubiger hat sich mithin in dieser Hinsicht im Konkurs verbessert. Für die Arbeitswelt ist die Einordnung der Lohnforderungen der letzten 30 Tage als Masseschulden zwar als Erfolg zu betrachten. Angesichts der soeben erläuterten Gesetzeslage ist dies aber lediglich von dogmatischer sowie theoretischer Bedeutung¹⁵⁵ als von praktischer Relevanz.

c) Veranschaulichung der neuen Rechtslage

Das Problem der Hypothek und der Lohnforderung im Konkurs kommt zum Tragen, wenn der Gläubiger einer Lohnforderung dem Gläubiger einer Hypothek hinsichtlich der hypothekarisch belasteten Sache direkt gegenübersteht¹⁵⁶. Anhand des folgenden praktischen Beispiels sollen die sich nunmehr im Vergleich zur alten gesetzlichen Regelung ergebenden Veränderungen für einen hypothekarisch gesicherten Gläubiger veranschaulicht werden.

Beispiel: Ausgegangen wird von nur einer einzigen Sache in der Aktivmasse des Konkurses. Diese ist hypothekarisch belastet und hat einen Wert von 20.000 €. Die hypothekarisch gesicherte Forderung beläuft sich auf 16.000 €. Es existieren ein Gläubiger gegen die Masse mit einer Forderung von 4.000 € und Gläubiger von Lohnforderungen der letzten 30 Tage in Höhe von 12.000 €. Die restlichen Lohnforderungen und Vergütungen sind mit 30.000 € veranschlagt.

¹⁵⁵ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1469.

¹⁵⁶ Vgl. auch González Bilbao, RCDI 2004, S. 1351, 1363 f.

(1) *Rangfolge in der quiebra bis 30.5.2002*¹⁵⁷:

1. – Gläubiger der Lohnforderungen: 12.000 € entsprechend der letzten 30 Tage
2. – Hypothekengläubiger: 8.000 €

Hinsichtlich noch hinzukommender unbelasteter Gegenstände wäre die Rangfolge:

3. – Gläubiger gegen die Masse: 4.000 €
4. – Gläubiger von Lohnforderungen und Vergütungen: 30.000 €
5. – Hypothekengläubiger: restliche 8.000 € (als Gläubiger mit verbrieftem Recht, da eine belastete Sache nicht mehr existiert und seine Forderung in einer öffentlichen Urkunde erstellt ist, weshalb er zu den privilegierten Gläubigern zählt)

(2) *Rangfolge nach der Ley Concursal*:

1. – Hypothekengläubiger: 16.000 €
2. – Gläubiger der Lohnforderungen: 4.000 € entsprechend der letzten 30 Tage als Forderung gegen die Masse

Hinsichtlich noch hinzukommender Gegenstände, die keinem besonderen Privileg unterliegen, wäre die Rangfolge:

3. – Gläubiger der Lohnforderungen: restliche 8.000 € entsprechend der letzten 30 Tage
4. – Gläubiger gegen die Masse: 4.000 €
5. – Restliche Lohnforderungen und Vergütung: 30.000 €.

VI. Nachrangigkeit der Hypothekenforderung

Obwohl hypothekarisch gesicherte Forderungen ein besonderes Privileg genießen, können sie unter bestimmten Umständen als nachrangige Forderungen behandelt werden. Dies ist der Fall, wenn der Forderungsinhaber eine dem Konkursschuldner besonders nahe stehende Person i.S.v. Art. 93 LC ist (Art. 92 Nr. 5 LC)¹⁵⁸. Die Nachrangigkeit der Forderung bewirkt, dass der Gläubiger weder von der Sicherheit profitieren kann, indem sie ihm eine Privilegierung verschafft, noch die Sicherheit in der Art und Weise vollstrecken kann, wie dies das Konkursgesetz für Gläubiger vorsieht, die ein solches Privileg genießen. Für die Nachrangigkeit einer Forderung wird nicht vorausgesetzt, dass der Gläubiger dieser Forderung als besonders nahe stehende Person in die Gläubigerliste aufgenommen worden ist¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Mit Inkrafttreten der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren am 31. Mai 2002 war die Regelung des *Estatuto de Trabajadores* als aufgehoben zu betrachten und fand keine Anwendung mehr, so dass die Hypothekengläubiger vor den Gläubigern der Lohnforderung der letzten 30 Tage zu befriedigen waren. Vgl. *González Bilbao*, RCDI 2004, S. 1351, 1364.

¹⁵⁸ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 271.

¹⁵⁹ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 56.

1. Automatische Nachrangigkeit in Spanien

Nach dem Konkursgesetz wird die Nachrangigkeit automatisch ausgelöst, unabhängig davon, worauf die Forderung beruht. Da dies deutliche Züge einer Sanktion erkennen lässt, ist diese Regelung sehr umstritten. Es wird weder nach einer Schädigungsabsicht noch nach einem schuldhaften Verhalten der Person unterschieden. Somit handelt es sich um eine automatische Nachrangigkeit aufgrund des bloßen Umstandes, dass diese Person dem Schuldner nahe steht, unabhängig vom Verhalten des Forderungsinhabers¹⁶⁰.

Die Nachrangigkeit hat vielfache Auswirkungen. So erfahren die Forderungen eine rigorose Behandlung in einem möglicherweise vereinbarten Konkursvergleich (Art. 134 Abs. 1 S. 2 LC). Ihren Gläubigern ist die Abstimmung im Vergleichsverfahren verwehrt, auch wenn ihre Forderung die wichtigste Konkursforderung von allen darstellen mag (Art. 122 Abs. 1 Nr. 1 LC). Der Inhaber einer nachrangigen Forderung kann zudem nicht zum Konkursverwalter ernannt werden (Art. 28 Abs. 3 LC). Des Weiteren erfolgt die Befriedigung der Forderungen in der Liquidation solange nicht, bis die einfachen Forderungen vollumfänglich befriedigt worden sind (Art. 158 LC). Die nachrangigen Gläubiger werden hierdurch bestraft, da eine Befriedigung so gut wie aussichtslos ist. Darüber hinaus werden die Sicherheiten der Forderungsinhaber, die zum Konkurschuldner in einem besonderen Verhältnis stehen, gelöscht (Art. 97 Abs. 2 LC) (vgl. hierzu noch in diesem Kapitel A.VI.5). Ferner können besonders nahe stehende Personen nicht zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung bevollmächtigt werden, selbst wenn sie Gläubiger sind (Art. 118 Abs. 2 S. 3 LC). Bei einer Nachrangigkeit i.S.v Art. 92 Nr. 5, Art. 93 Abs. 2 LC ist es zudem nicht unwahrscheinlich, dass der Forderungsinhaber über die Herabstufung seiner Forderung hinaus als Komplize in einem schuldhaften Konkurs erachtet wird. In diesem Fall verliert er die Gesamtheit seiner Forderungen gegen den insolventen Schuldner (Art. 172 Abs. 2 Nr. 3 LC)¹⁶¹.

2. Nahe stehende Personen

Im Konkursgesetz wird davon ausgegangen, dass bestimmte Gläubiger eine Nähe oder eine besondere Verbindung zum Schuldner haben, und nur aus diesem Grund – unabhängig von Zweck und Herkunft der Forderung – von selbst zurückgestellt werden bis die anderen Gläubiger vollständig befriedigt sind¹⁶².

¹⁶⁰ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 392.

¹⁶¹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 56.

¹⁶² Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 393.

a) Natürliche Personen

Handelt es sich bei dem Konkurschuldner um eine natürliche Person, sind die ihm nahe stehenden Personen die mit ihm verwandten oder verschwägerten Personen, wie Ehegatte oder früherer Ehegatte, der dies bis zu zwei Jahren vor Konkurseröffnung war, Verwandte des Schuldners oder des Ehegatten in auf- und absteigender Linie, Geschwister oder Schwager des Schuldners und Ehegatten der Verwandten in auf- und absteigender Linie und der Geschwister (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 LC). In einer besonderen Verbindung zum Konkurschuldner stehen auch solche Personen, die mit ihm in einer Lebensgemeinschaft gewöhnlich zusammenleben oder dies innerhalb der letzten beiden Jahre getan haben (Art. 93 Abs. 1 LC).

b) Juristische Personen

Ist der Konkurschuldner eine juristische Person, sind besonders nahe stehende Personen solche, die an der insolvent gewordenen Gesellschaft aktiv beteiligt sind – sog. Insider (Art. 93 Abs. 2 LC). Von einer besonderen Verbindung zum Konkurschuldner wird bei Gesellschaftern ausgegangen, die für die Schulden der Gesellschaft persönlich und unbegrenzt haften. Als nahe stehend werden auch Gesellschafter erachtet, die an dem Gesellschaftskapital mit mindestens fünf Prozent beteiligt sind, wenn es sich um eine börsennotierte Gesellschaft handelt, oder eine Beteiligung von mindestens zehn Prozent halten, wenn es keine solche Gesellschaft ist (Art. 93 Abs. 2 Nr. 1 LC)¹⁶³. Des Weiteren werden die faktischen Verwalter¹⁶⁴, die Verwalter von Rechts wegen, die Liquidatoren oder diejenigen, die dieses Amt innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkurseröffnung innehatten, als nahe stehend eingeordnet (Art. 93 Abs. 2 Nr. 2 LC). Der faktische Verwalter (*administrador de hecho*) ist im spanischen Recht nicht definiert, auch wenn das Gesetz diesen Begriff oftmals aufgreift¹⁶⁵. Es handelt sich hierbei um einen flexiblen Begriff, der in jedem einzelnen Fall anhand der jeweiligen Umstände zu bestimmen ist¹⁶⁶. Zu den besonders nahe stehenden Personen zählen schließlich auch die Gesellschaften, die der gleichen Gesellschaftsgruppe wie die insolvent gewordene Konkursgesellschaft angehören, und deren Gesellschafter (Art. 93 Abs. 2 Nr. 3 LC). Der Begriff der Gruppe ist hierbei i.S.v. Art. 42 CCom zu verstehen. Da die Gesellschafter dieser Gesellschaften eigentlich selbst nicht der Gruppe angehören, ist Vorsicht geboten. Finanzinstitute, die

¹⁶³ Näheres hierzu und auch zu dem hier auftretenden Problem der zeitlichen Ungenauigkeit der Norm, d.h. wann die Person in einer besonderen Verbindung zum Konkurschuldner gestanden haben soll, *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 403 f.

¹⁶⁴ Probleme bereitet hierbei die Bestimmung des faktischen Verwalters. Aufgrund der schwerwiegenden Folgen sollte diese Qualifizierung nicht zu weit gegriffen sein, sondern nur mit Bedacht angewandt werden.

¹⁶⁵ So etwa im Bereich der Haftung der Verwalter in der *Ley de Transparencia* (Ley 26/2003).

¹⁶⁶ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 60.

Gesellschafter einer Gesellschaftsgruppe sind, müssen daher auch beim Forderungserwerb von Gesellschaften achtsam sein, die dieser Gesellschaftsgruppe angehören, auch wenn diese anderen Gesellschaften nicht als Gruppe mit den Finanzinstituten verbunden sind¹⁶⁷.

c) Erwerber von Forderungen besonders nahe stehender Personen

In Art. 93 Abs. 3 LC wird zudem vermutet, dass Personen dem Konkursschuldner besonders nahe stehen, wenn sie die Forderung innerhalb der letzten beiden Jahre vor Konkurseröffnung von einer in Art. 93 Abs. 1 und 2 LC genannten Personen erworben haben. Diese Vermutung ist widerlegbar (*iuris tantum*)¹⁶⁸. Für den Gegenbeweis ist darzutun, dass der Erwerber oder Zessionar im Moment des Forderungserwerbs keine Kenntnis von der besonderen Situation des Inhabers hatte und einen zukünftigen Konkurs nicht vorhersah¹⁶⁹. Im Wesentlichen ist daher zu beweisen, dass die Forderung aus einem redlichen Grund erworben wurde.

d) Keine nahe stehenden Personen

Bei Hypothekenforderungen, die sich ihrer Definition nach auch zulasten von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, verwirklichen lassen, ist fraglich, ob sich das besondere Verhältnis, das die Nachrangigkeit der Forderung nach sich zieht, auch auf einen Konkursschuldner erstreckt, der kein Schuldner ist. Nach Art. 93 LC kommt es zur Nachrangigkeit, wenn sich Gläubiger und Konkursschuldner besonders nahe stehen. Zweifelhaft ist jedoch, was geschehen soll, wenn der Hypothekengläubiger mit dem Schuldner in einer besonderen Verbindung steht, aber nicht zum Konkursschuldner, der Drittbesitzer der hypothekarisch belasteten Sache ist, oder wenn der Hypothekengläubiger dem Drittbesitzer des hypothekarisch belasteten Grundstücks nahe steht, aber nicht dem Schuldner selbst. Die Ursachen der Nachrangigkeit sind insofern restriktiv auszulegen, und zwar in dem Maße wie der Grundsatz der Gleichbehandlung durchbrochen wird. Im erstgenannten Fall ist die Nachrangigkeit zu verneinen, weil der Konkursschuldner in keiner Verbindung zum Gläubiger steht. Im zweiten Fall ist die Nachrangigkeit, die sich auf der Annahme des Betruges gründet, ebenso ausgeschlossen, da Gläubiger und Schuldner in keinerlei Verbindung zueinander standen¹⁷⁰. Eine dingliche Sicherheit gegen einen Dritten, der kein Konkursschuldner ist, ist somit nicht von

¹⁶⁷ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 59.

¹⁶⁸ Pérez del Blanco, in: La nueva Ley Concursal, S. 67, 77.

¹⁶⁹ Hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 61.

¹⁷⁰ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 216.

Art. 97 Abs. 2 LC erfasst. Der Rückgriff des dinglichen Sicherungsgebers ist hingegen von der Nachrangigkeit betroffen (Art. 87 Abs. 6 LC)¹⁷¹.

3. Keine zeitliche Beschränkung

Zwar enthält Art. 93 LC zeitliche Vorgaben zur besonderen Verbindung einer Person zum Schuldner, jedoch existiert keine zeitliche Beschränkung hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem die nachrangige Forderung erworben worden sein muss. Im Unterschied zu den konkursrechtlichen Anfechtungsregeln ist der zeitliche Abstand des Erwerbs zur Konkursöffnung für die Nachrangigkeit bedeutungslos. Bei der Anfechtung muss das fragliche Rechtsgeschäft innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkursöffnung zugunsten der nunmehr insolventen Person vorgenommen worden sein (Art. 71 Abs. 1, 3 LC). Bei der Nachrangigkeit spielt es hingegen keine Rolle, wann die Forderung erworben wurde, d.h. in welchem zeitlichen Abstand der Erwerb zur Konkursöffnung erfolgte. Eine Forderung ist daher nachrangig, wenn die betreffende Person im Zeitpunkt der Forderungsentstehung entweder ein Gesellschafter, ein Verwalter oder eine Gesellschaft derselben Gruppe der insolventen Gesellschaft war, auch wenn derjenige zum Zeitpunkt der Konkursöffnung dies nicht mehr sein sollte. Haben diese Gläubiger ihre Forderungen jedoch an Personen abgetreten, die zum Konkurschuldner keine besondere Verbindung haben, und erfolgte dies mindestens zwei Jahre vor Konkursöffnung, ist die Forderung nicht nachrangig. Denn in diesem Fall stand die Forderung bereits vor Beginn der letzten beiden Jahre vor Konkursöffnung nicht mehr einer besonders nahe stehenden Person zu (Art. 93 Abs. 3 LC). Dieser Umstand kann aber auch der Verschleierung fingierter Strukturen dienen, die eine Nachrangigkeit vermeiden soll¹⁷². Die Forderung kann etwa von einer Zwischenperson erworben werden, die keine besondere Verbindung hat, um diese anschließend an die besonders nahe stehenden Person zu übertragen.

4. Konsortialkredite

Im Zusammenhang mit der Nachrangigkeit der Forderungen soll kurz auf die Konsortialkredite eingegangen werden. Das Problem dieser Kredite resultiert aus ihrer Form. Die restlichen Gläubiger, die keine besonders nahe stehenden Personen sind, können nämlich von der Nachrangigkeit in Mitleidenschaft gezogen werden. Die Nachrangigkeit erstreckt sich auch auf die übrigen Gläubiger, wenn die Forderung mehrfach gesamtschuldnerisch vereinbart wurde und der Vertreter oder jeder einzelne Gläubiger die gesamte Zahlung fordern kann. In der Regel

¹⁷¹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 58 f.

¹⁷² Auf diese Gefahr verweist u.a. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 59.

wird die Forderung aber als gesamthänderisch teilbar abgeschlossen, so dass die Nachrangigkeit den Rest der Gläubiger nicht betrifft, auch wenn ein Vertreter bestellt wurde, der die Forderung in ihrer Gesamtheit verwaltet. Jeder Gläubiger muss seine eigene Forderung im Konkurs anmelden¹⁷³. Gegebenenfalls bedeutet die Löschung der Sicherheit, die die nachrangige Zahlung des Gläubigers sichert (Art. 97 Abs. 2 LC), nur eine „teilweise Wirkungslosigkeit“ bzw. eine Reduzierung der Passiva wegen der Unteilbarkeit der Rechte der dinglichen Sicherheit, weil die nachrangige Forderung ihre Sicherung verliert. Die Nachrangigkeit nach Art. 93 Abs. 2 LC kann daher bei Konsortien zu komplizierten Strategien führen. Das Darlehen kann etwa der Tochtergesellschaft von einem Bankkonsortium ausgegeben werden, dem der besonders nahe stehende Gläubiger nicht angehört. Dieser aber vereinbart seinerseits mit den restlichen Gläubigern, dass er intern einen Teil der Forderung und des Risikos übernimmt. Dieser Umstand wird aber gegenüber dem Darlehensnehmer nicht aufgedeckt. Es handelt sich hierbei um eine Unterbeteiligung, die wie eine interne Überlassung von Geldern und eine externe Verwaltung der anderen Banken funktioniert, so als ob diese im eigenen Namen und auf eigene Rechnung für den Teil der Forderung handeln, der ihnen zusteht¹⁷⁴. Eine Struktur dieser Art ist darüber hinaus immer dann vorstellbar, wenn die mit der Nachrangigkeit der Forderung verbundene Härte, die auf einer besonderen Nähe zum Konkursschuldner beruht, vermieden werden soll.

5. Löschung der Sicherheiten

Die Folgen der Nachrangigkeit sind für besonders nahe stehende Personen (i.S.v. Art. 93 LC) außerordentlich schwerwiegend. Ihre Forderungen werden nicht nur *ope legis* zurückgestellt, sondern ihre Sicherheiten werden auch noch durch Löschung ihrer Einträge im Register aufgehoben (Art. 97 Abs. 2 S. 1 LC). Im Falle einer Hypothek bedeutet dies für einen solchen Gläubiger die Löschung seiner Hypothek, wenn er die Gläubigerliste nicht angefochten hat, in der er als besonders nahe stehende Person ausgewiesen ist. Nach Ablauf der Anfechtungsfristen erklärt der Richter Fall die Löschung der Sicherheiten und ordnet die Löschung der entsprechenden Registereinträge an (Art. 97 Abs. 2 S. 1 LC)¹⁷⁵.

Die Nachrangigkeit der Forderung hat somit die Löschung der hierfür bestellten Sicherheit zur Folge. Gegen diese automatische Einordnung und die damit verbundenen harten Konsequenzen kann sich der Gläubiger aber nur auf eine Art und Weise wehren: Er muss die

¹⁷³ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 62.

¹⁷⁴ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 62.

¹⁷⁵ Vgl. hierzu auch Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 858.

Einstufung als besonders nahe stehende Person anfechten. Er kann hier aber nur vorbringen, dass er keine dem Schuldner nahe stehende Person i.S.d. Art. 93 LC ist. Weitere Gründe können nicht geltend gemacht werden, wie etwa fehlender Vorsatz oder Ähnliches¹⁷⁶. Die Einordnung des Gläubigers als besonders verbundene Person resultiert aber aus objektiven Umständen¹⁷⁷. Diese sind zumeist unbestreitbarer Natur, wie beispielsweise Verwandtschaft, Zusammenleben, Gesellschafter- oder Verwalterstellung. Es erscheint deshalb so gut wie unmöglich, diese Einstufung erfolgreich angreifen zu können. Die Löschung der Sicherheiten ist damit unvermeidlich.

Professionelle Gläubiger, wie Banken, werden in der Regel nicht zu besonders nahe stehenden Personen zählen, so dass ihre Sicherheiten von einer Löschung nicht bedroht sind. Für das Finanzwesen sind daher eigentlich keine besonderen Auswirkungen zu erwarten. Die Löschung der Sicherheiten kann aber möglicherweise eine außerkonkursrechtliche Regulierung der Krise erschweren. Denn bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners kann die wirtschaftliche Hilfe zur Überwindung der Krise auch und gerade von Seiten der Familie kommen¹⁷⁸. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner kein Unternehmer ist. Angesichts der im Konkursfall drohenden Behandlung müssen die Familienangehörigen ihre in Erwägung gezogenen Hilfeleistungen aber genau überdenken.

Schließlich scheint der Gesetzgeber mit Art. 97 Abs. 2 LC einen neuen Grund für das Erlöschen einer Hypothek einzuführen. Dieser wäre den Erlöschensgründen in Art. 79 LH hinzuzufügen gewesen¹⁷⁹. Rechtspolitisch ist dies allerdings nur schwer zu rechtfertigen.

VII. Vollstreckung aus Hypothekenspfandbriefen und Sicherheiten von Finanzinstituten

Auf die konkursrechtliche Behandlung von Vollstreckungen aus dinglichen Sicherheiten – und damit auch aus Hypotheken – wurde bereits im vierten Kapitel (B.) ausführlich eingegangen. Demzufolge sollen hier nur die konkursrechtlichen Besonderheiten der Vollstreckung aus Hypothekenspfandbriefen und Sicherheiten von Finanzinstituten angesprochen werden.

¹⁷⁶ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1474.

¹⁷⁷ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2706.

¹⁷⁸ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1474 f.

¹⁷⁹ Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 898.

1. Hypothekenpfandbriefe

Anders noch als zu Beginn der Reform vorgesehen, erstreckt sich die Aussetzung nach Art. 56 LC nicht mehr auf Inhaber von Hypothekenpfandbriefen (*cédulas hipotecarios*) und Pfandbriefen (*bonos hipotecarios*). Derartige Pfandbriefe sind durch Hypothekenforderungen gesicherte Titel, die in der Bilanz des ausgebenden Kreditinstituts aufgestellt sind¹⁸⁰. Die Inhaber von Hypothekenpfandbriefen und Pfandbriefen genießen ebenso wie die dinglichen Sicherheiten das besondere Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC (*D.F. decimonovena* Abs. 1 S. 1 LC¹⁸¹). Bestimmte Forderungen der Hypothekenpfandbrief- oder Pfandbriefinhaber werden allerdings als Massenforderungen erfüllt (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7 LC)¹⁸².

Hinsichtlich ihrer Klassifizierung als privilegierte Gläubiger sind die Inhaber von Hypothekenpfandbriefen und Pfandbriefen im Konkurs den Gläubigern dinglicher Sicherheiten gleichgestellt. In Bezug auf die Aussetzung der Vollstreckung gilt dies aber nicht. Am Anfang der Reform war noch eine Gleichstellung hinsichtlich aller Folgen vorgesehen (*D.F. decimonovena* ALC von 2001). Dies hätte aber eine fühlbare und erhebliche Schmälerung der Sicherheit und Liquidität der Briefinhaber bewirkt. Sowohl ihr Wert als auch ihre Anlagemöglichkeiten auf dem Kapitalmarkt wären davon beeinträchtigt gewesen¹⁸³. Rechtspolitisch wäre dies nur schwer zu rechtfertigen gewesen. Daher erscheint die in *D.F. decimonovena* LC nunmehr enthaltene Regelung treffend¹⁸⁴.

2. Sicherheiten von Finanzinstituten

Besonderheiten ergeben sich ebenso bei Sicherheiten von Finanzinstituten. Spezielle Vorschriften, zielen darauf ab, diese Sicherheiten vor dem Ruhen bzw. der Aussetzung der Vollstreckung zu schützen. Soweit diese Normen vor dem Inkrafttreten des Konkursgesetzes bestanden, gelten diese fort, wenn sie vom Konkursgesetz aufrechterhalten werden (*D.A. segunda, D.F. decimoctava* und *decimonovena*)¹⁸⁵. Von der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 LC sind deshalb solche Sicherheiten nicht erfasst, die zugunsten der Spanischen Staatsbank (*Banco de España*), der Europäischen Zentralbank und anderen zentralen Banken der Europä-

¹⁸⁰ Einschließlich der Inhaber von *cédulas territoriales*, Vgl. hierzu *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1450.

¹⁸¹ *D.F. decimonovena* LC regelt die Reform des Gesetzes über den Hypothekenmarkt. Danach werden zwei neue Absätze in Art. 14 des Gesetzes 2/1981 vom 25. März zur Regelung des Hypothekenmarktes (*Ley de Regulación del Mercado Hipotecario*) als zweiter Absatz eingefügt, wonach die Inhaber von Hypothekenpfandbriefen und Pfandbriefen im Konkurs das in Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC geregelte Vorzugsrecht innehaben. Vgl. hierzu *D.F. decimonovena* Abs. 1 S. 2 LC.

¹⁸² Vgl. hierzu *D.F. decimonovena* Abs. 1 S. 2 LC.

¹⁸³ *Pulgar Ezquerro*, AC 2002 – II, S. 669, 680.

¹⁸⁴ *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1451 f.

¹⁸⁵ So *D. A. décima* Abs. 3 und *duodécima* Abs. 4 der Ley 37/1998 (*Reforma de la LMV*), in der Form des Art. 16 der Ley 44/2002.

ischen Union in Ausübung ihrer Aufgaben bestellt worden sind, sowie Verpfändungen von Darlehen oder nicht hypothekarischen Forderungen zugunsten dieser Finanzinstitute¹⁸⁶.

An dieser Stelle soll noch kurz Erwähnung finden, dass die Finanzsicherheitenrichtlinie (2002/47/EG v.6.6.2002)¹⁸⁷ zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Konkursgesetzes noch keine Berücksichtigung gefunden hatte¹⁸⁸. Mittlerweile ist sie aber durch das *Real Decreto Ley* 5/2005, das am 15. März 2005 in Kraft trat, in nationales spanisches Recht umgesetzt worden. Finanzsicherheiten im Sinne der Richtlinie sind aber von den hier behandelten Immobiliarsicherheiten klar abzugrenzen. Denn unter Finanzsicherheiten fallen nur Sicherheiten an einem Finanzaktivism, d.h. an einer Barsicherheit (Barguthaben) oder an einem Finanzinstrument (Aktien, Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Schuldverschreiben und andere gleichzustellende Titel) (Art. 2 Abs. 1 lit.a) bis e) Finanzsicherheitenrichtlinie). Eine Immobilie ist hiervon gerade nicht erfasst. Auf die Richtlinie und deren Umsetzung in Spanien soll deshalb nicht näher eingegangen werden.

VIII. Zinslauf der Hypothekenforderung

Dem Grundsatz nach wird ab der Konkurseröffnung der Lauf von gesetzlichen und vertraglichen Zinsen ausgesetzt (Art. 59 Abs. 1 S. 1 LC). Hiervon ausgenommen sind jedoch Zinsen auf dinglich gesicherte Forderungen, die bis zur Höhe der entsprechenden Sicherheit geltend gemacht werden können (Art. 59 Abs. 1 S. 1 a.E. LC)¹⁸⁹. Die Zinsen sind hierbei so zu zahlen, wie dies bei der Bestellung der Sicherheit vereinbart worden ist. Die Hypothekenforderung ist als dinglich gesicherte Forderung somit nicht von der Grundregel der Zinslaufunterbrechung nach Art. 59 LC erfasst. Bereits nach der alten Rechtslage wurde der Zinslauf einer Hypothekenforderung nach Art. 884 CCom von 1885 nicht unterbrochen. Die Folgen der vom Konkursgesetz nunmehr auferlegten Vollstreckungsaussetzung sollen durch diese fortlaufende Zinszahlung abgefangen werden¹⁹⁰. Fraglich ist jedoch, wie Zinsen zu behandeln sind, die die vorgegebene Grenze überschreiten. Kommt es zur abgesonderten Vollstreckung oder zur Li-

¹⁸⁶ D. A. sexta Ley 13/1994, in der Fassung des Art. 72 d) Abs. 2 und Art. 7 Abs. 4 Ley 44/2002. Vgl. hierzu auch Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 78.

¹⁸⁷ ABl. EG v. 27.6.2002, Nr. L 168/43.

¹⁸⁸ Obwohl deren Umsetzung bis spätestens 27. Dezember 2003 hätte erfolgen müssen. Vgl. Espín, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. II, DA 2.^a, S. 3056.

¹⁸⁹ Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 898; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 849.

¹⁹⁰ Meyer, ZfIR 2004, S. 971, 972.

quidation, sind sie als nicht fällig zu erachten, wenn der Versteigerungserlös der als Sicherheit dienenden Sache nicht ausreicht, um die Zinsen zu decken¹⁹¹.

Art. 92 Nr. 3 LC ordnet zwar an, dass Zinsforderungen aller Art nachrangige Forderungen sind (Art. 59 Abs. 1 S. 3 LC i.V.m. Art. 92 Nr. 3 LC). Dingliche – mithin auch hypothekarisch – gesicherte Zinsforderungen sind hiervon aber bis zum Betrag der jeweiligen Sicherheit ausgenommen (Art. 92 Nr. 3 a.E. LC)¹⁹². Diese Zinsen werden durch die jeweilige Sicherheit wie vereinbart weiter gezahlt¹⁹³, da das Privileg der Hauptforderung den auf die Hypothekforderung entfallenden Zinsen und Verzugszinsen zugestanden wird. In der Liquidation werden sie deshalb gegenüber anderen Zinsforderungen nicht zurückgestellt.

Der nicht unterbrochene Zinslauf kann aber auch ein Problem für einen Hypothekengläubiger sein, wenn der Wert der zu seinen Gunsten belasteten Immobilie nicht ausreicht, um die während der maximal einjährigen Wartezeit angefallenen Zinsen abzudecken¹⁹⁴. Denn der Wertverlust des als Sicherheit dienenden Vermögens wird weder als Masseschuld vom Konkurs abgedeckt, noch kann die Konkursverwaltung dafür haftbar gemacht werden¹⁹⁵. Anders als in § 169 InsO wird die Aussetzung letztlich in keinerlei Hinsicht durch den Konkurs ausgeglichen. Die derzeitige Regelung stellt einen ausgesprochenen Nachteil für die dinglich gesicherten Gläubiger, also auch für die hypothekarisch gesicherten Gläubiger, dar und verdient deshalb Kritik (vgl. ausführlich zu diesem Problem im 7. Kapitel D.I.3).

IX. Hypothekenforderung im Vergleich

Ein weiterer wichtiger Punkt bei der Analyse der Hypothekenforderungen im Konkurs in Spanien ist die Position der Hypothekengläubiger im Vergleichsverfahren (vgl. im 2. Kapitel B.V.1.). Ein erfolgreich abgeschlossenes Vergleichsverfahren kann zum Erhalt des Unternehmens führen. Scheitert der Vergleich hingegen, führt das Verfahren in die Liquidation. Das Vergleichsverfahren kann auf unterschiedliche Art und Weise gestaltet werden¹⁹⁶.

In der gemeinsamen Phase des Konkurses kann ein vorgezogener Vergleichsvorschlag (*propuesta anticipada de convenio*) unterbreitet werden (Art. 104 ff. LC) (vgl. hierzu auch im 2.

¹⁹¹ Zu diesem Thema bereits vor der Reform Cortés, in: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez, S. 3513, 3517 f.; zum jetzigen Recht Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1472 f.

¹⁹² Castillo Martínez, AC 2003 – III, S. 885, 898.

¹⁹³ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 271; Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1456.

¹⁹⁴ Meyer, ZfIR 2004, S. 971, 972.

¹⁹⁵ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 70.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu allgemein auch Pulgar Ezquerro, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 439 ff.

Kapitel B.V.1.a). Einen solchen Vorschlag kann aber nur der Konkursschuldner vorbringen, der die Liquidation nicht beantragt hat und der keinem der Verbote des Art. 105 LC unterliegt. Diese Norm greift das traditionell französische Konzept des „guten, aber unglücklichen Gläubigers“ auf¹⁹⁷. Im Falle eines vorgezogenen Vergleichsvorschlages ist eine Abstimmung in der Gläubigersammlung nicht erforderlich. Ausreichend ist die individuelle Zustimmung von Gläubigern, deren Forderungen mindestens die Hälfte der einfachen Verbindlichkeiten des Konkurses ausmachen (Art. 124 S. 3 LC). Privilegierte und nachrangige Gläubiger sind damit von der Zustimmung ausgeschlossen (Art. 123 i.V.m. Art. 89, 90 und 91 bzw. Art. 92 LC)¹⁹⁸.

In der Vergleichsphase kann ein ordentlicher Vergleichsvorschlag eingereicht werden (vgl. im 2. Kapitel B.V.1.b). Neben dem Schuldner sind hierzu auch die Gläubiger berechtigt. Ein solcher Vorschlag erfordert die Annahme in der Gläubigerversammlung. Diese ist aufgrund ihrer traditionellen Prägung im spanischen Insolvenzrecht auch nach der Reform als Konkursorgan erhalten geblieben. Tendenzen zur Beseitigung dieser Versammlung als Konkursorgan, wie im französischen Insolvenzrecht, sind deshalb nicht aufgegriffen worden¹⁹⁹. Dennoch ist die Gläubigerversammlung hinsichtlich ihrer Kompetenzen im Verfahren erheblich geschwächt worden, womit den Gesetzesentwürfen von 1983 und 1995 gefolgt wurde. Die Gläubigerversammlung ist im Vergleich zur alten Rechtslage kaum wieder zu erkennen. Denn ihr steht nunmehr weder die Benennung von Verwaltungsorganen noch die Anerkennung und die Klassifizierung der Forderungen zu. Nur im Falle eines regulären Vergleichsvorschlages ist es ihre Aufgabe, die Annahme des Vergleiches herbeizuführen. Bei einem vorgezogenen Vergleichsvorschlag tritt sie hingegen nicht einmal zusammen, so dass sie letztlich nur ein „potentielles“ Konkursorgan darstellt²⁰⁰.

Ein Hypothekengläubiger kann sich als privilegierter Gläubiger einem vorgezogenen Vergleichsvorschlag anschließen oder in der Gläubigerversammlung für einen in der Vergleichsphase vorgeschlagen Vergleich stimmen. Ein Vergleich erfasst ihn aber nicht, wenn er nicht zustimmt (Art. 134 Abs. 2 LC). Die nach altem Recht gültige Methode der Stimmenthaltung wird hierbei in Bezug auf die Berechnung der Mehrheiten aufgegeben, wie dies auch schon in den Gesetzesentwürfen von 1983 und 1995 vorgesehen war. Bei der Mehrheitsberechnung werden die privilegierten Gläubiger – somit auch die Hypothekengläubiger –, die an der

¹⁹⁷ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, 1425, 1470.

¹⁹⁸ Hierzu Pulgar Ezquerro, RDM 2003, 1425, 1470.

¹⁹⁹ Zu diesem Thema und der Reform im französischen Insolvenzrecht vom 25. 1. 1985, hier insbesondere das „Redressement et liquidation judiciaire“, Rojo Fernández-Rio, in: AAMN, Bd. XXIV, Madrid 1981, S. 251, 278; ders., in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S. 114 ff.

²⁰⁰ Zur Gläubigerversammlung im Allgemeinen nach neuem Recht Quijano González, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 235 ff.

Gläubigerversammlung teilgenommen haben, nicht mehr berücksichtigt (Art. 123 Abs. 1 LC). Anderes gilt jedoch, wenn sie abgestimmt haben (Art. 124 S. 4 LC). In diesem Fall richten sich ihre Forderungen und ihr Privileg nach dem Inhalt des Vergleichs. Dies kann unter Umständen zum Verlust des Privileges führen (Art. 123 Abs. 2 LC)²⁰¹. Der Gesetzgeber schweigt zwar, was im Falle eines vorgezogenen Vergleichsvorschlages gelten soll, allerdings ist der Regelung des Art. 123 Abs. 2 LC ein allgemeiner Gedanke²⁰² zu entnehmen, der auch auf solche Situationen auszudehnen ist, in denen sich der Gläubiger einem vorgezogenen Vergleichsvorschlag anschließt. Die Gläubiger sind in beiden Fällen dem Vergleich unterworfen. Ist ein Gläubiger gleichzeitig Inhaber von privilegierten und einfachen Forderungen, wird vermutet, dass er die Stimme in Bezug auf die einfachen Forderungen abgegeben hat. Der Vergleich trifft nur dann auch die privilegierten Forderungen, wenn er dies ausdrücklich bei der Abstimmung erklärt hat (Art. 123 Abs. 3 LC)²⁰³. Ob ein besonders privilegierter Gläubiger, mithin auch ein Hypothekengläubiger, an einen Vergleich gebunden ist, hängt somit ausschließlich von seinem eigenen Willen ab.

In Fällen, in denen der Vergleich eine Einzelbehandlung bestimmter Gläubiger oder Gläubigergruppen vorsieht, werden für deren Annahme über die nach Art. 124 LC erforderlichen Mehrheiten hinaus Jastimmen im gleichen Verhältnis der Verbindlichkeiten, die nicht von der Einzelbehandlung betroffen sind, gefordert (Art. 125 Abs. 1 S. 1 LC). Um eine Einzelbehandlung handelt es sich aber nicht, wenn der Vergleichsvorschlag zugunsten der zustimmenden privilegierten Gläubiger die typischen Vorteile ihres Privileges beibehält, vorausgesetzt, dass diese Gläubiger dem Teilerlass und der Stundung oder beidem in gleicher Weise wie die einfachen Gläubiger unterworfen sind (Art. 125 Abs. 1 S. 2 LC).

Die Bindung an den Vergleich bringt zum einen eine schuldenreuernde Wirkung mit sich, da die betroffenen Forderungen im Umfang des Erlasses erlöschen und in ihrer Geltendmachung für die Zeit der Stundung zurückgestellt sind (Art. 136 LC). Zum anderen bewirkt die Bindung an den Vergleich, dass der Gläubiger an solche Maßnahmen gebunden ist, die hinsichtlich der Befriedigung der Forderungen vereinbart wurden²⁰⁴. Darüber hinaus eröffnet der Vergleich die Möglichkeit, eine abgesonderte Befriedigung dinglich gesicherter Forderungen, die auf Sachen ruhen, die die Tätigkeit des Schuldners betreffen, wieder zu beginnen oder fortzusetzen (Art. 56 LC) (vgl. hierzu im 4. Kapitel B.).

²⁰¹ *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 898.

²⁰² *So Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, 1425, 1471.

²⁰³ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2727.

²⁰⁴ Vgl. *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2728.

Im Vergleich zum Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1983 erscheint die nunmehr geltende Regelung stimmiger. In dem Entwurf aus den achtziger Jahren wurde die Gläubigerversammlung in Gruppen eingeteilt. Die Gruppe der privilegierten Gläubiger, unter denen sich auch die Hypothekengläubiger befanden, hatte das Recht, Vergleichsvorschläge zu äußern, mitzuwirken und verfügte über ein Mitsprache- und Stimmrecht in der Gläubigerversammlung, ohne dass sie hierbei Einbußen für ihre Privilegien zu befürchten hatte. Denn selbst, wenn die Gläubiger für den Vergleich stimmten, hatte dies keine Auswirkungen auf ihre Privilegien (Art. 232 ALC 1983)²⁰⁵. Dies führte zu der paradoxen Situation, dass zwar jene Gläubiger von dem Ergebnis des Vergleiches in keinerlei Hinsicht betroffen waren, aber auf das Resultat des Konkurses ganz entscheidend einwirken konnten.

Die Zustimmung zu einem Vergleich ist aus Sicht der hypothekarisch bzw. dinglich gesicherten Gläubiger äußerst bedenklich. Denn wagen es diese Gläubiger, die Sicherheit ihres derzeitigen Rechts gegen ein zukünftiges Recht einzutauschen, können sie in einem System wie dem spanischen nur verlieren und selten gewinnen. Stimmen sie dem Vergleich zu, sind sie nicht gesichert. Sie müssten aber auf diesem Wege zumindest dasselbe ausbezahlt bekommen wie in einer Liquidation, wenn sie eine abgesonderte Befriedigung ihrer Forderungen betrieben hätten²⁰⁶. Ob und wann die Interessen der besonders privilegierten Gläubiger mit denen der restlichen Gläubiger konform gehen, hängt von Faktoren ab, die nicht unbedingt mit dem insolventen Unternehmen in Zusammenhang stehen müssen. Entscheidend sind zum einen die konkursrechtlichen Vorschriften, die dem dinglich gesicherten Gläubiger weismachen wollen, dass das kleinere Übel im Konkurs die Zusammenarbeit mit den anderen sei, ihn aber hierdurch gerade erst bestrafen. Zum anderen spielt eine Rolle, ob der dinglich gesicherte Gläubiger als Finanzgeber an zukünftigen Geschäften mit dem Konkursschuldner interessiert ist, weil die Unternehmensfortführung dieses Schuldners wichtiger ist als die Befriedigung der gesicherten Forderung im Konkurs. Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob das von der Sicher-

²⁰⁵ *Rojo Fernández-Río*, in: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, RFDUC 1985, S. 112 ff. Im Gesetzesentwurf vom 23. Juli 2002 war die Wirksamkeit der im Vergleich vorgesehenen Lösung noch mit der Forderungsklassifizierung verbunden. In Art. 99 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs war für den Fall, dass das Konkursverfahren in einem Vergleich enden sollte, vorgesehen, dass die Kredite, die dem Konkursschuldner zur Finanzierung des Krisenplans eingeräumt worden waren, erst dann gezahlt werden durften, wenn alle privilegierten und einfachen Forderungen befriedigt waren. Der nachfolgende Gesetzesentwurf vom 11. April 2003 sah dagegen vor (Art. 100 Abs. 5 S. 2), dass die Kredite, die dem Konkursschuldner zur Finanzierung des Krisenplans bewilligt wurden, entsprechend den im Vergleich festgelegten Bestimmungen befriedigt werden. Diese Regelung wurde letztlich auch im jetzigen Konkursgesetz übernommen (Art. 100 Abs. 5 S. 2 LC). Hierzu *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 897, Fn. 32.

²⁰⁶ Vgl. *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 49.

heit erfasste Vermögen den Vermögensanteilen des insolventen Unternehmens entspricht und ob die Sicherheit im Falle ihrer Trennung von der Produktionseinheit noch von Wert ist²⁰⁷.

X. Hypothekenforderung und Liquidation

In der Liquidationsphase wird die Verwertung der Sachen der Aktivmasse angestrebt, um mit dem hierdurch erzielten Erlös, alle Gläubiger des Konkurschuldners, die die Passivmasse des Konkurses bilden, zu befriedigen. Art. 146 LC stellt deshalb klar, dass die Eröffnung der Liquidation das vorzeitige Fälligwerden der gestundeten Konkursforderungen und die Umrechnung (*conversión*) von Forderungen über andere Leistungen in Geldforderungen bewirkt. Die unglückliche Formulierung in Art. 146 LC spricht zwar von einer Umrechnung der Forderungen in Geld, exakter erscheint jedoch die Umrechnung in Geldforderungen²⁰⁸.

Ist die Liquidation eröffnet, kommt es mithin zur Verwertung der Sachen des Schuldners. Diese erfolgt grundsätzlich nach dem von der Konkursverwaltung vorgeschlagenen und vom Konkursrichter genehmigten Plan (vgl. hierzu auch im 2. Kapitel B.V.2. und 3. Kapitel A.III.2.b). Fehlt ein solcher Plan, organisiert und vollzieht der Richter die Abwicklungsgeschäfte. Hinsichtlich der dinglichen Sicherheiten, damit auch der Hypothek, weist Art. 57 Abs. 3 LC darauf hin, dass mit der Eröffnung der Liquidationsphase die dinglich gesicherten Gläubiger, die vor Konkurseröffnung ihre Vollstreckungsklage noch nicht eingeleitet hatten, das Recht, dies in einem getrennten Verfahren zu tun, verlieren. Nach Ansicht der Literatur scheint es sich hierbei um ein Versehen zu handeln, da jede Vollstreckung oder Wiederaufnahme nach Konkurseröffnung innerhalb des Konkursverfahrens stattfindet²⁰⁹. Wie derselbe Artikel besagt, werden die Verfahren, die als Folge der Konkurseröffnung ausgesetzt wurden, wieder aufgenommen und mit dem Konkursverfahren verbunden, wenn auch in einem getrennten Verfahren. Zur Verwertung der Sachen, auf der eine dingliche Sicherheit ruht, kann sich der Konkursrichter der im LC vorgesehenen verschiedenen Maßnahmen bedienen, etwa der Veräußerung unter Schuldübernahme des Erwerbers oder des Direktverkaufes ohne Versteigerung in bestimmten Fällen²¹⁰.

Im Falle der Liquidation kommen ergänzend die Vorschriften des Zivilprozessgesetzes zur Anwendung (Art. 149 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 LC). Die Sachen und Rechte des Konkurschuldners

²⁰⁷ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 50.

²⁰⁸ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 8563; Blasco Gascó, Prelación y Pago a los Acreedores Concuriales, S. 35 f.

²⁰⁹ So Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2737.

²¹⁰ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2737.

werden innerhalb des Konkursverfahrens entsprechend ihrer Natur nach den Bestimmungen zu den Vollstreckungsverfahren der Art. 634 ff LEC veräußert. Möglich ist daher eine gerichtlich genehmigte Verwertungsvereinbarung (Art. 640 LEC), eine Verwertung durch eine spezialisierte Person oder durch ein spezialisiertes Unternehmen (Art. 641 und 642 LEC) und schließlich auch eine Versteigerung (Art. 643 ff. LEC für bewegliche und Art. 655 ff. LEC für unbewegliche Sachen). Die Verwertung von Sachen und Rechten, die von einer besonders privilegierten Forderung belastet sind, richtet sich nach Art. 155 Abs. 4 LC. Der Konkursrichter kann den Direktverkauf der Sache, die von der besonders privilegierten Forderung belastet ist, zu einem den vereinbarten Mindestpreis übersteigenden Betrag in bar genehmigen (Art. 155 Abs. 4 LC). Der Mindestpreis entspricht der Bewertung bei der Versteigerung²¹¹.

XI. Anfechtung der Hypothek im Konkurs

1. Abschaffung der *retroacción*

a) Neue Anfechtungsregeln

Das neue Konkursgesetz bringt für den Bestand einer vor Konkurseröffnung bestellten Hypothek oder dinglichen Sicherheit eine wesentliche Änderung mit sich. Das heftig kritisierte Rechtsinstitut der *retroacción* des Art. 878 CCom (vgl. hierzu auch im 1. Kapitel B.II. und 2. Kapitel B.III.4.) wurde abgeschafft²¹². Die vor Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind nicht mehr wie bei der *retroacción* automatisch nichtig, sondern nur noch anfechtbar²¹³. Geregelt ist ein verdächtiger Zeitraum von zwei Jahren vor Konkurseröffnung. Innerhalb dieses Zeitraumes können nachteilige Handlungen für die Masse, die von dem Schuldner vorgenommen worden sind, durch eine Anfechtung ungültig gemacht werden, selbst wenn keine betrügerische Absicht vorlag (Art. 71 Abs. 1 LC)²¹⁴. Anders als bei der im *Código Civil* vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (Art. 1111 und 1291 Nr. 3 CC), die als subjektives Tatbestandsmerkmale eine betrügerische Absicht fordert, hat sich der Gesetzgeber des Konkursgesetzes für eine objektive Konstruktion der Anfechtung entschieden²¹⁵. Das subjektive Tatbestandsmerkmal des Betruges wurde durch die Tatsache ersetzt, dass die Rechtshandlung innerhalb der letzten beiden Jahre vor Konkurser-

²¹¹ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 864.

²¹² Zur Abschaffung der *retroacción* Escribano Gámir, CDC 2003, S. 47, 55; Herbosa Martínez, RCDI 2003, S. 143, 145 und 191.

²¹³ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 822. Dennoch wird zum Teil vertreten, so Álvarez Caperochipi, El Registro de la Propiedad, S. 117, 118, dass die zum alten Recht der *retroacción* ergangene Rechtsprechung weiterhin anwendbar sei (etwa SSTs 28.3.1988; 11.4.2002; 1.2.1974; 24.10.1989).

²¹⁴ García-Cruces, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, S. 1 ff.

²¹⁵ Vgl. Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 853.

öffnung vorgenommen wurde²¹⁶. Mitunter kann es aber trotzdem erforderlich sein, dass die anfechtende Konkursverwaltung (Art. 72 LC) den Nachteil für die Aktivmasse nachzuweisen hat und somit gutgläubige Dritte geschützt werden²¹⁷. Die alte und die neue Regelung stimmen zumindest in der Idee des Vermögensschadens für die Aktivmasse überein. Das Konkursgesetz verpflichtet den an der ungültigen Handlung Beteiligten zum Wertersatz der Sachen und Rechte, die dem Vermögen des Schuldners entzogen worden sind, einschließlich der Verzugszinsen. Stellt das Gericht beim Vertragspartner des Konkursschuldners Bösgläubigkeit fest, wird dieser darüber hinaus verurteilt, die Gesamtheit der hierdurch für die Aktivmasse entstandenen Schäden und Nachteile zu ersetzen²¹⁸.

Die Abschaffung der *retroacción* als Mittel, die Konkursmasse aufzufüllen, ist zweifelsohne ein Erfolg der Reform. Die Ersetzung dieses Rechtsinstituts durch die Anfechtungsregeln der Art. 71 ff. LC ähnelt hierbei den Lösungen, die in den Gesetzesentwürfen aus den Jahren 1983 (Art. 181 bis 196) und 1995 (Art. 90 bis 99) vorgeschlagen worden waren. Überdies trat die spanische Lehre schon seit langem für die Aufhebung der *retroacción* ein. Durch die Abschaffung dieser umstrittenen Regelung im *Código de Comercio* werden nicht nur Unstimmigkeiten und Störungen beseitigt, sondern auch die auf der Rückwirkung beruhende Rechtsunsicherheit eliminiert, die auf den Wortlaut des Gesetzestextes zur *retroacción* und auf die exzessive zeitliche Ausdehnung der Konkursverfahren zurückzuführen war²¹⁹.

b) Nebenfolgen der Abschaffung der Rückwirkung

Die durch die Rückwirkung des Konkurses ausgelöste Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, bei denen die Rechtsprechung traditionell von einer absoluten Nichtigkeit ausging, führte zu Bemühungen, diese Regelung zu umgehen. Von der Lehre wurde diese Entwicklung als „Flucht aus der *retroacción*“ bezeichnet. Unter diesen Regelungen befand sich auch Art. 10 (*Ley de Regulación del Mercado Hipotecario* – LMH)²²⁰, der den Hypothekengläubiger vor

²¹⁶ Beltrán Sánchez, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 167, 173. Folglich wurde im Konkursgesetz die von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung aufgegriffen, nach der für die Anfechtung lediglich eine objektive Komponente (Schaden) ausreichen sollte, wobei das subjektive Element (Betrug) völlig außer Acht gelassen wurde. Vgl. hierzu etwa Martín Pérez, La rescisión del contrato, S. 380 f. bzw. Martín Santisteban, RGD 1994, S. 9162 ff. A.A. hier wohl Escribano Gamir, CDC 2003, S. 47, 60.

²¹⁷ Alcover Garau, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 325 ff.; García Cruces, AJA Nr. 591, v. 11. 9.2003, S. 1 ff. Vgl. in Bezug auf das ALC 2001: Beltrán, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001, S. 167, 173; Mairata Laviña, La Ley 2002, S. 1865.

²¹⁸ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276.

²¹⁹ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1442.

²²⁰ Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (Gesetz zur Regelung des Hypothekenmarktes).

den verheerenden Folgen der Rückwirkung, der automatischen und absoluten Nichtigkeit schützte. Denn im Bereich des Hypothekenmarktes hing das Eintreten der Wirkungen der *retroacción* vom Vorliegen eines Betruges ab. Aufgrund der durch die Insolvenzrechtsreform erfolgten Abschaffung der Rückwirkung des Konkurses ist die Notwendigkeit dieses spezifischen Schutzes des Hypothekengläubigers bei der Bildung der Aktivmasse des Konkurses hinfällig geworden. Art. 10 LMH ist daher zusammen mit den anderen „Fluchtwegen“ aus der *retroacción*, als aufgehoben zu betrachten. Eine ausdrückliche Aufhebung dieser Vorschriften ist dem Konkursgesetz zwar nicht zu entnehmen. Auf der Grundlage der *D. D. única* Abs. 4 LC sind jedoch all diejenigen Vorschriften als aufgehoben zu erachten, die den Bestimmungen des Konkursgesetzes entgegenstehen oder mit diesen unvereinbar sind²²¹. Tatsächlich ersetzte Art. 10 LMH die im *Código de Comercio* von 1885 vorgesehene *retroacción* mit den Anfechtungsklagen des spanischen Zivilgesetzbuchs (Art. 1111 CC), die den Nachweis des Betruges erfordern. Bei den neuen Anfechtungsklagen im Konkurs nach Art. 71 LC wird das subjektive Element des Betruges aber dadurch ersetzt, dass die Rechtshandlung innerhalb des verdächtigen Zeitraumes vorgenommen wird²²², wobei grundsätzlich ein Schaden für die Aktivmasse nachzuweisen ist. Folglich ist das Erfordernis des Nachweises des Betruges in Art. 10 LMH mit den Bestimmungen des Konkursgesetzes unvereinbar, weshalb Art. 10 LMH als aufgehoben zu erachten ist²²³.

2. Anfechtungsklagen

Bei den Anfechtungsklagen²²⁴ wird nicht berücksichtigt, ob die angefochtene Handlung die Insolvenz des Konkurschuldners herbeigeführt hat. Vielmehr wird dem Umstand Gewicht beigemessen, dass die fragliche Handlung in dem gesetzlich vorgegebenen Zeitraum von zwei Jahren vor Konkurseröffnung vorgenommen und ein Vermögensschaden bei der Aktivmasse verursacht wurde (Art. 71 Abs. 1 LC).

²²¹ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1442.

²²² Beltrán Sánchez, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001, S. 167, 173. Zum Übergang des neuen Konkursgesetzes im Vergleich zum alten Recht vom Betrug zum Schaden ausführlich Escribano Gámir, CDC 2003, S. 47, 57.

²²³ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1443.

²²⁴ Hierzu allgemein Martínez Gutiérrez, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. 1. 2004, S. 1, 3; Alcover Garau, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal, S. 325 ff.; Escribano Gámir, CDC 2003, S. 47 ff.; García-Cruces, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18. 9.2003, S. 1 ff.; Díaz Martínez, La Ley 2002 – V, D-225, S. 1816 ff.

a) Aktiv- und Passivlegitimation

Zur Ausübung der Anfechtungsklagen ist die Konkursverwaltung²²⁵ hinsichtlich der für die Aktivmasse nachteiligen Rechtshandlungen des Konkursschuldners berechtigt (Art. 72 Abs. 1 S. 1 LC), die innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Eröffnung vorgenommen worden sind, auch wenn eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht gegeben war (Art. 71 Abs. 1 LC). Subsidiär können die Konkursgläubiger eine Anfechtungsklage anstrengen²²⁶, wenn sie die Konkursverwaltung zur Anfechtung in dieser Sache aufgefordert haben und diese keine Klage innerhalb von zwei Monaten nach dem Ersuchen erhoben hat (Art. 72 Abs. 1 S. 2 LC). Die Anfechtungsklagen sind gegen den Schuldner und die Person, die Teil der angefochtenen Handlung war, zu richten (Art. 72 Abs. 2 S. 1 LC). In den Fällen, in denen die wiederzuerlangende Sache bereits an einen Dritten veräußert wurde, muss sich die Klage auch gegen diesen richten, wenn die Vermutung des guten Glaubens zugunsten des Erwerbers widerlegt werden oder wenn der Umstand, dass das Eigentum nicht herausgefordert werden kann, oder der sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebende Schutz angegriffen werden soll (Art. 72 Abs. 2 S. 2 LC)²²⁷. Die Anfechtungsklagen werden vor dem Konkursrichter in einem Konkurszwischenverfahren (*incidente concursal*) verhandelt (Art. 72 Abs. 3 S. 1 LC).

b) Vermutungsregeln

In einigen Fällen wird das Bestehen des Vermögensnachteils für die Aktivmasse unwiderleglich vermutet (*iuris et de iure*, Art. 71 Abs. 2 LC). So etwa, wenn die Handlung in einer unentgeltlichen Verfügung besteht. Ausgenommen hiervon sind unentgeltliche Nutzungsüberlassungen und Zahlungen oder andere Handlungen, die die Erfüllung von Verpflichtungen bewirken, deren Fälligkeit nach Konkurseröffnung eintritt (Art. 71 Abs. 2 LC)²²⁸. In anderen Fällen wiederum wird der Vermögensschaden vom Gesetz widerlegbar vermutet (*iuris tantum*), so dass ein Gegenbeweis möglich ist²²⁹. So wird ein Vermögensnachteil bei entgeltlichen Verfügungen zugunsten einer dem Konkursschuldner nahe stehenden Person i.S.v. Art. 93 LC (Art. 73 Abs. 3 Nr. 1 LC) und bei der Bestellung dinglicher Sicherheiten für bereits

²²⁵ Zur Aktivlegitimation der Konkursverwaltung, die nun nicht mehr ausschließlich ist wie nach altem Recht, vgl. *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. 1. 2004, S. 1, 3; *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18. 9.2003, S. 1 ff.

²²⁶ Ausführlich zur subsidiären Aktivlegitimation der Gläubiger *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18. 9.2003, S. 1 f.; *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. 1. 2004, S. 1, 3; *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18. 9.2003, S. 1 ff.

²²⁷ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 276.

²²⁸ *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 853. In diesem Zusammenhang sehr kritisch, insbesondere aufgrund der Folgen für den Verkehrsschutz *Gordillo Cañas*, AC 2003 – II, S. 415, 432.

²²⁹ Ein Gegenbeweis war bereits nach Art. 879 und 880 des *Código de Comercio* aus dem Jahr 1881 möglich.

zuvor bestehende Verbindlichkeiten oder für neue, die erstere ersetzen sollen (Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC), widerlegbar vermutet²³⁰. Die Lösung ähnelt der im italienischen, französischen und schweizerischen Recht, ist aber nicht völlig identisch (zum deutschen Recht vgl. im 7. Kapitel C)²³¹. In anderen Sachverhalten ist der Vermögensschaden von demjenigen nachzuweisen, der die Anfechtungsklage angestrengt hat (Art. 71 Abs. 4 LC), d.h. von der Konkursverwaltung (Art. 72 Abs. 1 S. 1 LC) oder subsidiär von bestimmten Gläubigern (Art. 72 Abs. 1 S. 2 LC)²³². Nicht anfechtbar sind die vom Schuldner im Rahmen seiner beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit gewöhnlich vorgenommenen Handlungen bzw. Handlungen, die besonderen Regeln unterliegen, wie etwa des Zahlungsverkehrs (Art. 71 Abs. 5 LC)²³³. Greift eine vom Gesetz vorgesehene unwiderlegliche Vermutung des Vermögensschadens für die Aktivmasse, führt dies nicht gleichsam dazu, dass die Person, zu deren Gunsten die Sicherheit bestellt wurde, als Komplize des Schuldners beurteilt wird²³⁴.

In der Regel wird der Erwerb eines hypothekarisch belasteten Grundstücks durch den Drittbesitzer unter Herabsetzung des Kaufpreises um den Betrag der gesicherten Schuld nicht als für die Masse nachteilige Handlung bewertet werden können. Denn der einbehaltene oder abgezogene Betrag ist als Teil des Preises oder gegebenenfalls als Gegenleistung zu seinen Lasten zu sehen²³⁵. Ein Nachteil für die Masse wird hingegen in dem eher unüblichen Fall bestehen, in dem die Sache von einem Dritten erworben wird, ohne dass hierbei der Kaufpreis um die hypothekarische Belastung einbehalten oder abgezogen wurde. Der Vermögensnachteil ist hierbei von demjenigen zu beweisen, der die Anfechtungsklage erhoben hat, weil dieser Sachverhalt nicht von der Vorschrift des Art. 71 Abs. 2 und 3 LC gedeckt ist²³⁶. Hierbei handelt es sich um ein zweiseitiges Geschäft mit einem klaren Missverhältnis der Leistungen zulasten einer Partei. Sobald der Erwerber dem Verkäufer den gesamten Preis des Grundstücks gezahlt hat, stellt dies einen Nachteil für die Aktivmasse dar. Kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung, den Gläubiger zu befriedigen, nicht nach, sieht sich der Erwerber darüber hinaus dazu gezwungen, die Zahlung der Last zu erfüllen oder aber die Vollstreckung in das Grundstück zu dulden²³⁷.

²³⁰ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1441. *Escribano Gámir*, CDC 2003, S. 47, 71 weist darauf hin, dass dies insofern eine Neuigkeit darstellt.

²³¹ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276.

²³² Martínez Gutiérrez, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15. 1. 2004, S. 1, 2.

²³³ Zu den anderen nicht anfechtbaren Handlungen vgl. Art. 71 Abs. 5 a.E. LC.

²³⁴ Art. 166 LC fordert Vorsatz oder grobes Verschulden, die Folgen ergeben sich aus Art. 172 LC. Vgl. Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276.

²³⁵ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

²³⁶ Mairata Laviña, Diario La Ley, Año XXIV (2003), Nr. 5743, v. 20. 3. 2003, Fn. 84.

²³⁷ Herbosa Martínez, Diario La Ley, Año XXV (2004), Nr. 5993, v. 8.4.2004, S. 1, 8.

c) Außerkonkursrechtliche Anfechtungsmöglichkeiten

Ergänzt werden die Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes durch die zivilrechtliche Anfechtungsklage nach dem *Código Civil* (*acción paulina*)²³⁸, mit der solche Rechtshandlungen angegriffen werden können, die vor dem konkursgesetzlich vorgegebenen Zeitraum von zwei Jahren vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind. Dies geht nicht nur aus Art. 4 Abs. 3 CC hervor, sondern ist ausdrücklich in Art. 71 Abs. 6 LC geregelt²³⁹. Hiernach können auch andere Klagen erhoben werden, um die Handlungen des Schuldners anzugreifen. Diese Klagen sind unabhängig von den konkursrechtlichen Anfechtungen vor dem Konkursrichter in einem Konkurskurszwischenverfahren (*incidente concursal*) zu verhandeln (Art. Art. 71 Abs. 6, 72 Abs. 3 S. 1 LC i.V.m. Art. 192 bis 196 LC). Nicht ganz unumstritten ist, ob gewöhnliche Aufhebungsklagen und Anfechtungsklagen, die in der autonomen Zivilgesetzgebung vorgesehen sind und die weder auf der Veränderung der *par conditio creditorum* noch auf hypothetischen Schäden der Aktivmasse beruhen, in dieser Hinsicht gegeben sein können²⁴⁰. Die Frage ist trotz der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo*²⁴¹ (TS) von Bedeutung. Der TS begründet die Anfechtungsklage (*acción paulina*) mit dem Bedürfnis, das System der *par conditio creditorum* abzusichern. Gewiss ist nicht erforderlich, dass sich der Schuldner in der Insolvenz befindet. Handlungen, die der Schuldner innerhalb oder außerhalb des zweijährigen Zeitraumes vorgenommen hat – wie etwa die Bestellung von Sicherheiten –, sind deshalb anfechtbar, ohne dass ein Vermögensschaden für die Aktivmasse zu berücksichtigen wäre²⁴².

d) Rechtsfolgen der Anfechtung

Hat die konkursrechtliche Anfechtung Erfolg, erklärt der Konkursrichter die angefochtene Rechtshandlung für unwirksam und ordnet die Rückerstattung der Leistung an, die Gegenstand der angefochtenen Handlung war – einschließlich deren Erträge und Zinsen (Art. 73 Abs. 1 LC). Hierbei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob bei dem Dritten im Zeitpunkt der Vornahme Gut- oder Bösgläubigkeit vorgelegen hat²⁴³. Ein gutgläubiger Dritter ist allerdings nicht zur Rückerstattung *in natura* verpflichtet²⁴⁴. Auch wenn die subjektive Komponente für den Erfolg der Anfechtung ausgeblendet wird, so ist sie doch für die Qualifikation des Rechts

²³⁸ Zu dieser Art von Anfechtungsklagen vgl. die Entscheidungen des *Tribunal Supremo*: STS 31.10.2002 und 2.12.2002 sowie *De Castro Vitores*, CCJC 2003, S. 451 ff. zur Anfechtung einer Hypothek, die vor der Rückwirkung des Konkurses bestellt wurde.

²³⁹ Vgl. *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 2.

²⁴⁰ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 278.

²⁴¹ STS 28.3.1988 (ARJ 1988, 2479).

²⁴² *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 278.

²⁴³ *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 3.

²⁴⁴ *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 854.

des Erwerbers auf Rückerstattung seiner vertraglichen Leistung, als auch für den Zeitpunkt seiner Befriedigung von Bedeutung. Der Erwerber wird aufgrund der Rückgabe des erworbenen Gegenstandes, der der Aktivmasse wieder zugeführt wird, zum Konkursgläubiger²⁴⁵. Abhängig vom guten oder bösen Glauben des Gläubigers wird seine Forderung entweder als Forderung gegen die Masse erachtet und ist gleichzeitig²⁴⁶ mit der Wiedereingliederung der Sachen und Rechte, die Gegenstand der angefochtenen Handlung sind, zu befriedigen (Art. 73 Abs. 3 LC, Art. 84 Abs. 2 Nr. 8 LC). Im Falle der Bösgläubigkeit ist sie als nachrangige Forderung zu behandeln (Art. 73 Abs. 3 a.E. i.V.m. Art. 92 Nr. 6, 158 LC)²⁴⁷. Eine Rückgabe der aus dem Vermögen des Schuldners geflossenen Sache kann aber auch unmöglich sein, etwa weil sie einem nicht beklagten Dritten gehört, im Urteil Gutgläubigkeit festgestellt worden ist, das Eigentum nicht herausgegeben werden kann oder registerrechtlicher Schutz besteht. In diesem Fall muss der Dritte, der an dem ungültigen Rechtsgeschäft teilgenommen hat, je nachdem, ob er gut- oder bösgläubig war, entweder den Wert der Sache ersetzen, den diese hatte, als sie das schuldnerische Vermögen verließ (bei Gutgläubigkeit, Art. 73 Abs. 2, 1. H.S. LC), oder die Gesamtheit der hierdurch für die Aktivmasse entstandenen Schäden und Nachteile ersetzen (bei Bösgläubigkeit, Art. 73 Abs. 2, 2. H.S. LC)²⁴⁸. Auch wenn es angesichts von Art. 58 LC nicht unproblematisch erscheint, können die Forderungen aufgerechnet werden, die sich im Falle des Wertersatzes gegenüberstehen²⁴⁹. Auf diese Weise werden unnötige Transaktionen vermieden und zusätzliche Kosten gespart.

Eine Hypothekenbestellung für bereits bestehende Verbindlichkeiten bzw. eine mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht vorgenommene Rechtshandlung hat allerdings neben deren Anfechtbarkeit noch weitere Folgen (insofern handelt es sich hier nicht um eine „Rechtsfolge“ der Anfechtung). In dieser Hinsicht lässt das Konkursgesetz die Vorstellung des Betruges nicht völlig außer Acht²⁵⁰. So wird dem Schuldner die Möglichkeit genommen, einen vorgezogenen Vergleichsvorschlag einzureichen, wenn bei einer seiner Handlungen Gläubigerbenachteili-

²⁴⁵ *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 3.

²⁴⁶ Indem die Befriedigung dieser Forderungen gleichzeitig mit der Wiedereingliederung der Sachen in der Aktivmasse zu erfolgen hat, werden diese Forderungen von den Anforderungen des Art. 154 Abs. 3 LC ausgenommen, der die Reihenfolge der Befriedigung am Zeitpunkt der Fälligkeit festmacht. Die Gleichzeitigkeit bewirkt, dass die Sachen nur dann vom Gläubiger herauszugeben sind, wenn dieser im gleichen Moment durch die Aktivmasse befriedigt wird. Vgl. hierzu eingehend, auch zu möglichen Auslegungsschwierigkeiten, wenn die Aktivmasse unzulänglich ist, *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 3 f.

²⁴⁷ Hierzu ausführlich *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 3 ff.; *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 853 f.

²⁴⁸ Vgl. auch *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1. 2004, S. 1, 3. Eine in diese Richtung gehende Entscheidung noch zum alten Recht der *retroacción* bei einem Pfandrecht: STS 26.3.1997.

²⁴⁹ So *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 4 f., der über eine nur wörtliche Auslegung des Art. 58 LC hinausgeht.

²⁵⁰ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 278.

gungsabsicht durch ein Urteil, das nicht notwendigerweise rechtskräftig sein muss, festgestellt wurde (Art. 105 Abs. 1 Nr. 5 e) LC). Daneben zieht auch die Bestellung oder Erweiterung einer dinglichen Sicherheit zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten bis drei Jahre vor dem Konkursantrag das Verbot, einen solchen Vergleichsvorschlag unterbreiten zu können, nach sich (Art. 105 Abs. 1 Nr. 5 d) LC).

e) Reaktionen in der spanischen Literatur

Die neue Regelung der Anfechtungsklagen im Konkursgesetz ist in der spanischen Literatur nicht nur auf Zustimmung²⁵¹, sondern auch auf Ablehnung gestoßen²⁵². Kritisiert wird vor allem der formelle Charakter der Regeln, der dazu führen würde, dass sich die zuvor bestehenden Fehler in der Neuregelung fortsetzen und der Verkehrsschutz leidet²⁵³. Angeführt wird, dass der Interessenkonflikt der zugrunde liegenden Anfechtungsklagen durch die Aufhebung der nachteiligen Rechtshandlungen selbst bei fehlender Gläubigerbenachteiligungsabsicht (Art. 71 Abs. 1 LC) zum Nachteil der gutgläubigen Vertragspartner gelöst würde. Es werde ein Instrument der Wiedereingliederung angeboten, das auf einer Linie mit der *retroacción* liege und als eine versteckte Rückwirkung – als eine gefährliche „cripto-retroacción“ – zu betrachten sei²⁵⁴. Nach Ansicht der Kritiker erweisen sich die Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes daher hinsichtlich des Schutzes gutgläubiger Dritter als widersprüchlich und paradox, da sie von den Regeln des Gemeinrechts abweichen würden²⁵⁵. Die Befürworter der neuen Anfechtungsregeln weisen dagegen auf die Gesamtheit der Regeln hin, die vom Konkursgesetz aufgegriffen werden und die Besonderheiten, die sich aus der Konkursituation bzw. der Ausübung einer jeden Anfechtungsklage ergeben²⁵⁶.

Nach noch anderer Ansicht seien die neuen Klagen in Art. 71 LC nicht als Anfechtungsklagen im eigentlichen Sinne auszulegen, sondern als eine zeitlich auf zwei Jahre begrenzte *retroacción*, ähnlich der alten Regelung in Art. 878 CCom. Ihre Folgen müssten Dritten gegenüber

²⁵¹ Die Anfechtungsregeln insgesamt positiv erachtend, insbesondere die Außerachtlassung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht befürwortend: *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 5 f.; *Escribano Gámir*, CDC 2003, S. 47, 57, 76.

²⁵² Vgl. hierzu etwa *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 3 f., der sich kritisch mit den Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes auseinandersetzt.

²⁵³ So *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 4. Vgl. auch *Cordillo Cañas*, AC 2003 - II, S. 413, 427 u. 432.

²⁵⁴ Sehr kritisch hierzu *Gordillo Cañas*, AC 2003 – II, S. 415, 421 ff., der in Bezug auf den Gutgläuberschutzes innerhalb der Anfechtungsregeln des LC von einer gefährlichen Form einer verborgenen Rückwirkung spricht („reinstaurarse una peligrosa forma decripto-retroacción“), dem sich *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 3 f., anschließt. Dagegen erachtet *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 6, diese Beschreibung als reine Übertreibung.

²⁵⁵ Näheres dazu bei *Martínez Gutiérrez*, AJA Año XIV (2004), Nr. 607, v. 15.1.2004, S. 1, 3.

²⁵⁶ Vgl. hierzu *García-Cruces*, AJA Año XIII (2003), Nr. 591, v. 18.9.2003, S. 1, 6.

noch radikaler ausfallen als die normaler Anfechtungsklagen und sich auch gegen gutgläubige Dritterwerber richten können²⁵⁷. Zwischen der Regelung in Art. 71 und in Art. 73 LC bestehe ein gewisser Widerspruch, da hieraus nicht ganz klar hervorgehe, ob die konkursrechtlichen Anfechtungsklagen auch gegenüber Dritten wirken würden. Die im Konkursgesetz geregelte Klage stünde mithin „zwischen zwei Stühlen“, nämlich zwischen Anfechtung und tatsächlicher Rückwirkung der Konkursöffnung. So scheine Art. 71 LC als Anfechtungsklage konzipiert zu sein, während Art. 73 LC, der nicht konkretisiert, ob er sich auf gutgläubige Dritte bezieht, als eine Aufhebungs- oder Nichtigkeitsklage der Berechtigung zu erachten sei. Aufgrund der Beurteilung als Nichtigkeitsklage sei die zum alten Recht und damit zur *retroacción* ergangene Rechtsprechung weiterhin anwendbar, da auch das Konkursgesetz selbst diesen Punkt offen lassen würde²⁵⁸.

Dieser letzten Ansicht ist zu widersprechen, da eine noch weitergehende Verschärfung der Anfechtungsregeln mit offenen Parallelen zur *retroacción* die Rechtslage nur verschlimmern würde. Die Errungenschaft der *Ley Concursal* liegt gerade in der Abschaffung dieses Rechtsinstituts. Eine Wiedereinführung der *retroacción* wäre mehr als ein Rückschritt. Zuzustimmen ist vielmehr denjenigen Kritikern, die in den jetzigen Anfechtungsregeln eine verborgene *retroacción* sehen. Bedenkt man, dass alle masseschädigenden Rechtsgeschäfte, die innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkursöffnung getätigt wurden, anfechtbar sind, eine subjektive Komponente aber fehlt, erscheint dies ungerecht. Es kommt weder auf die Kenntnis noch die Absicht des am Rechtsgeschäfts Beteiligten an. Lediglich der Vermögensschaden für die Masse kann in bestimmten Fällen widerlegt werden. Eine differenziertere Anfechtungsregel, die das subjektive Element einbezieht, wäre daher von Vorteil gewesen und hätte mehr Rechtssicherheit versprochen.

3. Vermutungsregeln bei der Anfechtung einer Hypothek

a) Regelung im *Anteproyecto de Ley Concursal* von 2001

Von Beginn der Reform an wurden die zur Abgrenzung der Aktivmasse des Konkurses eingesetzten Anfechtungsklagen von Vermutungsregelungen begleitet. Der anfangs vertretene Ansatz war hierbei aber weit von der jetzigen Regelung im Konkursgesetz entfernt. So enthielt das *Anteproyecto de Ley Concursal* aus dem Jahr 2001 keine widerlegbaren, sondern nur un-

²⁵⁷ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 140 f., der zudem ausführt, dass die „*retroacción*“ als Klage, für die keine besondere Frist vorgesehen ist, innerhalb einer Zeit von 15 Jahren ausgeübt werden können soll (Art. 1964). So wäre zwischen der Rückwirkung, die auf zwei Jahre begrenzt ist, und der Ausübung der Klage, zu unterscheiden.

²⁵⁸ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 141, 142.

widerlegbare Vermutungen eines Vermögensschadens. Hierunter fiel auch die Bestellung dinglicher Sicherheiten für bereits bestehende Verpflichtungen oder neue Verbindlichkeiten, die diese ersetzen sollten. Ohne Zulassung eines Gegenbeweises war die Bestellung dieser Sicherheiten automatisch aufhebbar. Dies erschien zu weitgehend und hätte zu unerwünschten Folgen im Bereich des Hypothekenmarktes geführt²⁵⁹. Die mit einer Bestellung oder Erweiterung einer dinglichen Sicherheit angestrebte Lösung einer Krise, die mithin keinen Vermögensschaden verursachen würde, wäre durch eine Regelung wie im ALC von 2001 verhindert worden. Denn bei diesem Rechtsgeschäft wäre ein Vermögensschaden *iuris et de iure* vermutet worden, so dass die Hypothek automatisch aufzuheben gewesen wäre²⁶⁰.

b) Abgrenzungsprobleme der Vermutungen iuris et de iure und iuris tantum

In dem endgültig verabschiedeten und heute gültigen Gesetzestext wurden die Schadensvermutungen allerdings nicht entfernt, sondern beibehalten. Es wird zwischen Vermutungen *iuris et de iure* und *iuris tantum* von Vermögensschäden unterschieden. Bei der Bestellung dinglicher Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten und neue, die diese ersetzen sollen, wird ein Vermögensschaden fortan nicht mehr unwiderlegbar vermutet, sondern widerlegbar. Ein Gegenbeweis ist hier möglich. Gegenüber der Regelung des ALC von 2001 stellt dies zwar eine Verbesserung hinsichtlich der Bestellung dieser Sicherheiten innerhalb des verdächtigen Zeitraumes dar, jedoch ist auch diese Vermutungsregelung nicht völlig unproblematisch. Denn tatsächlich bezieht sich die in Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC enthaltene Vermutungsregel auf zwei sehr unterschiedliche Sachverhalte²⁶¹. So ist mit der Bestellung dinglicher Sicherheiten für eine Altverbindlichkeit (Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. LC) eine Überlagerung der dinglichen Sicherheiten gegeben. Dagegen liegt bei der Bestellung neuer Verbindlichkeiten, die die alten ersetzen sollen, eine Umschuldung vor (Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt. LC). Mit der in der ersten Alternative aufgegriffenen Überlagerung der dinglichen Sicherheiten ist aber ein typisches unentgeltliches Rechtsgeschäft gegeben. Denn der Schuldner bewilligt dem Gläubiger einer bereits bestehenden Schuld eine dingliche Sicherheit ohne jegliche Gegenleistung. In der zweiten Alternative, die sich auf die Bestellung dinglicher Sicherheiten zugunsten neuer Verbindlichkeiten, die ältere ersetzen soll, bezieht, ist die noch nicht fällige Schuld erfasst.

²⁵⁹ Vgl. hierzu Pulgar Ezquerra, RDM 2003, S. 1425, 1443.

²⁶⁰ In diesem Sinne sprach sich bereits der *Consejo Económico y Social* in seiner Stellungnahme zum ALC vom 7.9.2001 aus, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho Concursal, S. 739 f.; vgl. hierzu auch Pulgar Ezquerra, AC 2002 - II S. 669, 76 f.

²⁶¹ Pulgar Ezquerra, RDM 2003, S. 1425, 1444.

(1) Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. LC als unentgeltliche Verfügung

Wird die dingliche Sicherheit ausschließlich zur Absicherung einer vorher entstandenen Schuld bestellt, kann darüber diskutiert werden, ob sie unter die Vermutung der unentgeltlichen Verfügungen fallen soll²⁶². In der spanischen Literatur wird daher teilweise auch von einem Verstoß der widerlegbaren Vermutung des Vermögensschadens in Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt LC gegen die allgemeine unwiderlegbare Vermutung des Vermögensschadens bei unentgeltlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften in Art. 71 Abs. 2 LC ausgegangen. Angeführt wird, dass die unentgeltliche Verfügung eine zweifache Behandlung erfahre: Zum einen als widerlegbare Vermutung, wenn sich das Rechtsgeschäft in die Überlagerung der dinglichen Sicherheiten einfügt, und zum anderen als unwiderlegbare Vermutung, wenn die unentgeltliche Verfügung in einem anderen Bereich vom Schuldner vorgenommen wurde. Da nach dieser Auffassung²⁶³ eine rechtspolitische Rechtfertigung fehle, sei die widerlegbare Vermutung des Schadens in Art. 71 Abs. 3 LC in Verbindung mit der unwiderlegbaren Vermutung des Art. 71 Abs. 2 LC auszulegen. Trotz seines Wortlauts wäre Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC demnach so zu verstehen, dass die dort geregelte Überlagerung der Sicherheiten ein unentgeltliches Rechtsgeschäft darstellt²⁶⁴, das in jedem Fall einen Vermögensschaden für die Masse mit sich bringe und bei dem ein Gegenbeweis nicht zulässig sei²⁶⁵.

Dem kann aber nicht gefolgt werden, da der spanische Gesetzgeber durch diese Regelung eine Klarstellung der Situation erreichen wollte. Im Unterschied zu Art. 880 CCom, der sich nur auf die Hypothek bezog, wendet er die widerlegbare Vermutung auf alle Bestellungen dinglicher Sicherheiten zugunsten vorher bestehender Verbindlichkeiten an²⁶⁶. Zwar wird die Konkursverwaltung²⁶⁷ bei der Vermutung *iuris et de iure* des Vermögensschadens nach Art. 71 Abs. 2 LC von jeglichem Beweis befreit, nicht aber, wenn die Sicherheitenbestellung innerhalb des Zeitraumes von zwei Jahren vor Konkurseröffnung erfolgt ist und die abgesicherte Verpflichtung vor der Bestellung bestand. Keine Rolle spielt, ob die Bestellung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte. Ausschlaggebend ist nur, dass keine Verpflichtung bestand, die

²⁶² STS 14.1.1935 (ARJ 1935, 215).

²⁶³ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1445.

²⁶⁴ In diese Richtung geht auch Álvarez Caperochipi, El Registro de la Propiedad, S. 143, 144, der zudem darauf hinweist, dass diese dinglichen Sicherheiten eine Ausnahme vom Prinzip der *par conditio* darstellen, die nicht gerechtfertigt sei, wenn die Sicherheit innerhalb der vorgegebenen Zeit bestellt wurde. Darüber hinaus sei eine Hypothek, die innerhalb des verdächtigen Zeitraums bestellt wurde, als nichtig anzusehen, wie dies bereits nach der alten Regelung der *retroacción* der Fall war (SSTS 7. 7.1989; 5.6.1999; 1.2.1974; 24.10.1989 und 11.4.2002). Dies ist aber aufgrund der erst durchzuführenden Anfechtung abzulehnen.

²⁶⁵ Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1445.

²⁶⁶ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276.

²⁶⁷ Oder die Gläubiger, die subsidiär die Anfechtungsklage erheben.

Sicherheit zu erteilen²⁶⁸. Es handelt sich daher um eine anfangs ungesicherte Verbindlichkeit, die erst nachträglich von einer dinglichen Sicherheit überlagert wird.

Aus diesem Grund wird ein Schaden dann nicht vermutet, wenn eine neu abgeschlossene Verbindlichkeit mit einer Hypothek besonders gesichert wird, sondern wenn eine Verbindlichkeit gesichert wird, die bereits vorher bestand. Von der Vermutung des Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC sind daher solche Sicherheiten ausgenommen²⁶⁹, zu denen sich der Schuldner im gleichen Moment des Vertragsabschlusses verpflichtet hat und die er später stellt.

Darüber hinaus darf es sich nicht um fällige Schulden handeln, da der Schuldner die konkreten Sachen bei deren Fälligkeit bereits in Zahlung hätte geben können oder eine der Sachen hätte direkt veräußern können, um die Zahlung mit dem so erhaltenen Preis vornehmen zu können. Zu dieser Auslegung führt Art. 71 Abs. 2 LC, der sich auf Zahlungen und Tilgungshandlungen der Verbindlichkeiten bezieht, die nach Konkursöffnung fällig werden. Wenn daher die Schadensvermutung solche Tilgungen nicht erfasst, die vor Konkursöffnung fällig werden, so kann diese auch nicht denjenigen treffen, der eine bereits fällige Verbindlichkeit sichert. Denn in diesen Fällen wird die Forderungszahlung nicht gegen „nichts“ abgesichert (was der Fall ist, wenn es sich um nicht fällige Forderungen handelt), sondern gegen eine Nichtgeltendmachung für eine bestimmte Zeit, also einer echten Stundung. Folge ist hier aber nicht, dass die Handlungen nicht angreifbar wären, sondern nur, dass die unwiderlegbare Vermutung des wirtschaftlichen Schadens nicht greift²⁷⁰. Der Schaden ist deshalb von demjenigen zu beweisen, der die Anfechtungsklage erhebt.

(2) Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt. LC als Umschuldung

Der andere Sachverhalt, bei dem die Vermutung *iuris tantum* bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit gilt (Art. 71 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt LC), wirft zwar hinsichtlich dieser Vermutung keine Zweifel auf, kann jedoch in anderer Hinsicht Probleme bereiten. Im Unterschied zur ersten Alternative der Vorschrift handelt es sich hier um eine Umschuldung, auf deren Grundlage der Schuldner einen neuen Kredit erhält, mit dem ein bereits fälliger früherer Kredit getilgt wird, indem der neue Kredit mit einer dinglichen Sicherheit gesichert wird²⁷¹. Es handelt sich also um die Sicherung neuer Verbindlichkeiten, die als Ersatz für bereits bestehende Verbindlichkeiten abgeschlossen werden. Allerdings soll keine alte fällige Schuld abgesichert werden, um eine Vollstreckung zu vermeiden, sondern eine neue Verbindlichkeit geschaffen

²⁶⁸ Vgl. Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 276 f.

²⁶⁹ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 277.

²⁷⁰ Hierzu wiederum Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 277.

²⁷¹ Vgl. Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1445.

werden, der eine dingliche Sicherheit beigelegt wird, um die vorher bestehende Verbindlichkeit zum Erlöschen zu bringen. Die Verbindlichkeiten werden daher mit demselben Gläubiger unmittelbar nach Löschung der alten abgeschlossen. In diesen Fällen bringt die Bestellung dinglicher Sicherheiten zugunsten neuer Verbindlichkeiten, die vorher bestehende Verbindlichkeiten ersetzen sollen, nicht immer einen Schaden für die Masse mit sich. In einigen Situationen können sie sogar von Vorteil für die Lösung der Krise sein²⁷².

Problematisch ist bei diesen Fällen aber, dass es zu einer Überschneidung mit Art. 1129 CC kommen kann. Diese Vorschrift regelt drei Konstellationen, in denen der Gläubiger trotz Stundung der Verbindlichkeit die Schuld vor deren Fälligkeit einfordern kann. Einmal ist dies möglich, wenn der Schuldner nach Eingehen der Verbindlichkeit zahlungsunfähig wird, es sei denn, er leistet eine Sicherheit für die Schuld (Art. 1129 Nr. 1 CC). Des Weiteren kann der Gläubiger dies, wenn der Schuldner ihm die Sicherheit nicht bewilligt, zu der er sich verpflichtet hat (Art. 1129 Nr. 2 CC). Schließlich ist dies denkbar, wenn der Schuldner die Sicherheit durch eigene Handlungen vermindert hat oder wenn die Sicherheit aufgrund nicht zu vertretender Umstände untergeht, sofern sie nicht durch eine neue, gleichwertige Sicherheit ersetzt wird (Art. 1129 Nr. 3 LC). Verlangt der Gläubiger nicht die vorzeitige Erfüllung der Verbindlichkeit, kann er die Bestellung einer Sicherheit fordern. Möchte er diese Sicherheit aber zulasten anderer Gläubiger erwirken, kann er sich nicht auf Art. 1129 CC stützen²⁷³.

4. Bestellung einer Hypothek nach Konkurseröffnung

Nach Erörterung der Anfechtbarkeit von Hypotheken, die vor Konkurseröffnung bestellt worden sind, soll der Frage nachgegangen werden, ob eine Hypothek nach der Eröffnung des Konkursverfahrens bestellt werden kann.

Die Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes greifen in diesem Fall nicht, da sie sich nur auf den Zeitraum vor Konkurseröffnung beziehen (vgl. Art. 71 Abs. 1 LC). Für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage bedarf es keiner Unterscheidung danach, ob der Konkurschuldner weiterhin über sein Vermögen verfügen kann, oder ob ihm die Verfügungsbefugnis mit der Konkurseröffnung entzogen wurde²⁷⁴ (vgl. hierzu auch im 2. Kapitel B.III.1.a). Denn hier gilt allgemein das Belastungsverbot des Art. 43 Abs. 2 LC (vgl. im 2. Kapitel B.III.1.c). Danach

²⁷² Pulgar Ezquerro, RDM 2003, S. 1425, 1445.

²⁷³ Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 269, 277.

²⁷⁴ Zu den Folgen, wenn der Schuldner trotz Verlust der Verfügungsbefugnis Verfügungen vornimmt, vgl. Art. 39 Abs. 7 LC. Hiernach können diese Handlungen aufgehoben werden und sind nicht automatisch nichtig. Dazu auch Gordillo Cañas, AC 2003 – II, S. 415, 427 f., der aber darauf verweist, dass Rechtsgeschäfte, die in öffentlichen Registern einzutragen sind, nicht eingetragen werden können, solange sie nicht bestätigt worden sind (Art. 39 Abs. 7 S. 5 LC), S. 430 ff.

dürfen bis zur Annahme eines Vergleichs oder bis zur Eröffnung der Liquidation Sachen und Rechte der Aktivmasse ohne Genehmigung des Richters weder veräußert noch belastet werden. Die Bestellung von Hypotheken oder anderen dinglichen Sicherheiten an Sachen der Aktivmasse ist deshalb nicht völlig ausgeschlossen, sondern unterliegt lediglich dem Vorbehalt der Genehmigung des Konkursrichters. Die Befugnisse der Konkursverwaltung werden hierdurch eingeschränkt²⁷⁵. Sie muss im Rahmen der Art. 43 Abs. 3 und 44 Abs. 3 LC handeln und kann beim Richter hinsichtlich der Veräußerung von Sachen, die einem besonderen Privileg unterliegen, die Veräußerung beantragen, wenn diese mit der Fortführung der unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit verknüpft ist (Art. 43 und 44 LC)²⁷⁶. Die richterliche Genehmigung kann nicht ersetzt werden²⁷⁷.

XII. Grundbuchrechtliche Aspekte im Konkurs

Das Konkursgesetz berührt registerrechtliche Fragen²⁷⁸ in vielerlei Hinsicht. Zum einen ist das Registerwesen erfasst, um die Verfahrensabschnitte des Konkurses in den verschiedenen Registern kenntlich zu machen. Zum anderen stellt es eine Verbindung zu den Registern her, um konkursbedingte Folgen für den Konkursschuldner und dessen Sachen festzuhalten²⁷⁹. Die registerrechtliche Publizität des Konkurses vollzieht sich in den verschiedenen Personen- und Sachregistern²⁸⁰. Die sich im Zusammenhang mit der Hypothek als Immobiliarsicherheit ergebenden grundbuchrechtlichen Fragen sind hierbei von besonderem Interesse.

Indem das Konkursgesetz auf das *Registro de la Propiedad* (Eigentumsregister bzw. Grundbuch) Bezug nimmt und dessen Prinzipien berücksichtigt, konnte das Konkursverfahren mit dem Rechtsschutzprinzip, dem Verkehrsschutz (Art. 9 Abs. 3 CE) und dem effektiven Rechtsschutz (Art. 24 CE) harmonisiert werden. Dies wurde vor allem durch die Kodifizierung eines

²⁷⁵ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 265.

²⁷⁶ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 71.

²⁷⁷ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2713.

²⁷⁸ Allgemein zu diesem Thema: Curiel Lorente, Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad; ders., RCDI 2003, S. 2699 ff.; Álvarez Caperochipi, El Registro de la Propiedad; Florán Fazio, BCRE 2003, S. 2679 ff.; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817 ff.; ders., BCRE 2004, S. 1237 ff.; González-Meneses Robles, BCRE 2003, S. 1871 ff.

²⁷⁹ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2701.

²⁸⁰ Nach Art. 24 LC sind dies das Zivilregister (*Registro Civil*) für natürliche Personen, das Handelsregister (*Registro Mercantil*) für dort eintragbare juristische Personen und das entsprechende öffentliche Register (*Registro Público*) für nicht eintragbare juristische Personen. Hinsichtlich der Sachen des Konkursschuldners sind das Grundbuch (*Registro de la Propiedad*) für Immobilien und das Mobiliarregister (*Registro de Bienes Muebles*) für dort eintragbare Sachen (Schiffe, Flugzeuge, Autos, Kraftfahrzeuge, Industriemaschinerie, Handelseinrichtungen und Zubehör, andere eintragbare bewegliche Sachen und Sicherungsrechte, wie Eigentumsvorbehalt) die jeweiligen Register, in denen die entsprechenden Eintragungen vorzunehmen sind.

Großteils der Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* und der *Dirección General de los Registros y del Notariado* (Abteilung für das Grundbuch- und Notarwesen – DGRN) erreicht²⁸¹.

Angemerkt sei aber, dass sich das neue Konkursgesetz – auch wenn es die Rolle des Registers in der konkursrechtlichen Vollstreckung vor Augen hat – dennoch nur in einer sehr allgemeinen Art und Weise mit den Problemen der registerrechtlichen Publizität der Konkurseröffnung und den möglichen Konflikten der Publizität von Rechten an Immobilien im Konkurs befasst. Andere möglicherweise auftretende Probleme werden vernachlässigt, was mitunter zu großen Auslegungsschwierigkeiten führen kann²⁸². Auf diese soll hier aber nur im Zusammenhang mit den Immobiliarsicherheiten eingegangen werden.

1. Verfahrensabschnitte im Konkurs als Gegenstand der Registerpublizität

Allgemein lässt sich sagen, dass fünf Verfahrensabschnitte des Konkurses unterschieden werden können, die von registerrechtlicher Bedeutung sind: Konkurseröffnung, Vergleich, Liquidation, Konkursbeendigung und Wiedereröffnung des Konkursverfahrens²⁸³.

In Bezug auf die Konkurseröffnung werden diese selbst, die Person des Schuldners, die dem Schuldner auferlegte Regelung der Verfügungsbefugnis (Intervention oder Aussetzung) und die Benennung der Konkursverwalter entweder im Zivilregister (*Registro Civil*), im Handelsregister (*Registro Mercantil*) oder in einem öffentlichen Register (*Registro Público*) eingetragen, je nachdem, ob der Konkurschuldner eine natürliche oder juristische Person ist (Art. 24 Abs. 1 bis 3 LC). Verfügt der Schuldner über Sachen oder Rechte, die in öffentlichen Registern eingetragen sind, wird auf dem entsprechenden Registerblatt vorbeugend die Intervention oder gegebenenfalls die Aussetzung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners mit Datumsangabe und Benennung der Konkursverwalter vermerkt (Art. 24 Abs. 5 S. 1 LC). Im Falle einer Zulasten des Schuldners im Grundbuch (*Registro de la Propiedad*) eingetragenen Hypothek oder eines noch unbelasteten dort eingetragenen Grundstücks erfolgt eine Vormerkung mit dem oben genannten Inhalt im jeweiligen Registerblatt des Grundbuchs. Ist die Konkurseröffnung noch nicht rechtskräftig, handelt es sich um eine Vormerkung (*anotación preventiva*) im Register (Art. 24 Abs. 5 S. 2 LC). Nach Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses liegt eine Eintragung (*inscripción*) vor (Umkehrschluss aus Art. 24 Abs. 5 LC)²⁸⁴. Sobald die Konkurseröffnung im Register vermerkt ist, können keine weiteren Verpfändungen oder Be-

²⁸¹ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 824.

²⁸² Zu den weiteren vom Konkursgesetz ungelöst gelassenen registerrechtlichen Problemen vgl. Álvarez Cape-rochipi, El Registro de la Propiedad, S. 99 ff.

²⁸³ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2702.

²⁸⁴ González-Meneses Robles, BCRE 2003, S. 1871, 1877; Florán Fazio, BCRE 2003, S. 2679, 2680.

schlagnahmen als diejenigen vermerkt werden, die vom Konkursrichter verfügt worden sind (Art. 24 Abs. 4 S. 2 LC) – vorbehaltlich der Regelung in Art. 55 Abs. 1 LC. Die Vormerkung des Konkursverfahrens bewirkt somit keine Sperre des Registers, sondern beschränkt sich auf die genannten Maßnahmen²⁸⁵. Da bis zur Bestätigung des Vergleichs oder bis zur Eröffnung der Liquidation Sachen des Konkursschuldners ohne richterliche Ermächtigung weder veräußert noch belastet werden dürfen (Art. 43 Abs. 2 LC), ist es wichtig, dass aus der Vormerkung bzw. Eintragung klar hervorgeht, welcher Regelung der Verfügungsbefugnis der Schuldner unterliegt. Denn von diesem Umstand hängt ab, ob eine Verfügung des Schuldners über eine Sache später als freie Verfügung qualifiziert werden kann (Art. 18 LH)²⁸⁶. Ändert sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners über sein Vermögen (Art. 40 Abs. 4 S. 2 LC) oder ergeben sich Veränderungen bei der Konkursverwaltung, sind diese ebenso einzutragen (Art. 38 Abs. 3 LC). Rechtsgeschäfte, die der Schuldner trotz entzogener oder eingeschränkter Verfügungsbefugnis vorgenommen hat, sind nicht *ipso iure* unwirksam, sondern können für nichtig erklärt werden (Art. 40 Abs. 7 S. 1 LC). Eintragbar sind die erwähnten Rechtsgeschäfte aber solange nicht, bis sie bestätigt oder geheilt sind oder belegt ist, dass die Klage auf Nichtigkeitserklärung unwirksam ist oder ihre rechtskräftige Abweisung vorliegt (Art. 40 Abs. 7 S. 5 LC)²⁸⁷.

In den Registern werden beim Vergleich dessen richterliche Bestätigung (Art. 109 Abs. 2 S. 3 LC und Art. 132 LC), bei der Liquidation deren Eröffnungsbeschluss (Art. 144 LC) und bei der Konkursbeendigung deren rechtskräftige richterliche Entscheidung eingetragen (Art. 141 und 171 ff. LC)²⁸⁸. Eine innerhalb der nächsten fünf Jahre unter bestimmten Umständen mögliche Wiedereröffnung des Konkursverfahrens (vgl. hierzu auch im 2. Kapitel B.VII.2.) wird ebenso eingetragen (Art. 179 Abs. 2 S. 2 LC). Ein in Spanien anerkanntes ausländisches Insolvenzverfahren ist ebenfalls einzutragen, wenn der Insolvenzschuldner Niederlassungen in Spanien hat. Der Verwalter oder Vertreter in Spanien ist zu dieser Eintragung verpflichtet (Art. 221 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 LC)²⁸⁹.

²⁸⁵ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 120.

²⁸⁶ Vgl. *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2680.

²⁸⁷ *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 125.

²⁸⁸ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2702.

²⁸⁹ Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der EuInsVO, die in Art. 22 vorsieht, dass die Insolvenzeröffnung auf Antrag eines Insolvenzverwalters in den Grundbüchern und Handelsregistern der Mitgliedsstaaten eintragbar ist. Vgl. hierzu auch *Cerdá Alberó/Sancho Gargallo*, Curso de derecho concursal, S. 60 ff.

2. Besondere Fälle mit grundbuchrechtlicher Relevanz

Von den registerrechtlich besonders bedeutsamen Fällen sollen an dieser Stelle nur diejenigen kurz erläutert werden, die von hypotheken- und grundbuchrechtlicher Relevanz sind.

a) Vorbeugende Maßnahmen

Noch bevor es zur Konkursöffnung kommt, kann der Konkursrichter vorbeugende Maßnahmen ergreifen, wenn er den Konkursantrag zulässt und derartige Maßnahmen für den Erhalt der Konkursmasse erforderlich erachtet (Art. 17 LC). Eröffnet der Konkursrichter später den Konkurs oder lehnt er den Konkursantrag ab, hat er über die Aufrechterhaltung der Maßnahmen zu entscheiden (Art. 21 LC). Erachtet er die Ergreifung vorbeugender Maßnahmen zur Absicherung der Unversehrtheit, Erhaltung oder Verwaltung des Vermögens des Konkurschuldners für erforderlich, kann er diese anordnen, bis die Konkursverwalter ihr Amt annehmen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 LC)²⁹⁰. Das Konkursgesetz verweist für die vorbeugenden Maßnahmen auf die Regelungen des Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC), somit auf Art. 721 ff. LEC²⁹¹. Hierzu gehören insbesondere der Vermerk des Konkursantrages oder die Vormerkung eines Verfügungsverbots, um die Eintragung von Rechtsgeschäften des Schuldners, die sein Vermögen schmälern würden, zu verhindern. Berücksichtigt wird hierbei jedoch, dass der Schuldner grundsätzlich seine unternehmerische Tätigkeit fortführen können soll (Art. 44 Abs. 1 LC)²⁹². Denkbar ist auch die Vormerkung einer Klage im Sinne von Art. 42 Nr. 5 LH²⁹³. Hinsichtlich der Wirkungen dieser Vormerkung, stimmt diese nur mit der Vormerkung einer Klage über das Eigentum an unbeweglichen Sachen des Art. 42 Nr. 1 LH überein, wonach das Register nicht für mögliche spätere Verfügungen gesperrt ist. In bestimmten Punkten unterscheiden sich die Wirkungen aber ganz erheblich. Unterschiede ergeben sich zum einen, weil das Urteil zu dem Zeitpunkt, in dem es fällt, keinerlei Aussagen über das Eigentum an den Sachen trifft, und wenn, dann nur über mögliche Beschränkungen der Befugnisse des Konkurschuldners. Unterschiedlich sind die Wirkungen zum anderen aufgrund des konstitutiven Charakters des Urteils, das diese Beschränkungen anordnet²⁹⁴. Wie die Beschränkungen, die mit der Konkurserklärung einhergehen, zeitigt auch die Vormerkung erst mit dem Tag ihrer Eintragung Wirkung. Art. 198 RH, der die Löschung von Eintragungen

²⁹⁰ González-Meneses Robles, BCRE 2003, S. 1871, 1874; Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2705.

²⁹¹ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 831.

²⁹² Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2705.

²⁹³ Vgl. Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 831.

²⁹⁴ González-Meneses Robles, La BCRE 2003, S. 1871, 1874.

nach der Vormerkung der Klage erlaubt, kann daher nicht angewandt werden²⁹⁵. Die Vormerkung zielt darauf ab, dass sich ein gutgläubiger Dritterwerber zur Verteidigung seines Erwerbs nicht auf den Schutz des Art. 34 LH²⁹⁶ berufen kann. Denn mit den Anfechtungsklagen des Art. 71 LH können Dritte, die registerrechtlichen Schutz genießen, nicht angegriffen werden (Art. 73 LC). Gegen den Ersterwerber kann indes als Teil des Geschäfts immer vorgegangen werden, ohne dass er sich auf die Registerpublizität in der Konkursituation berufen könnte. Art. 73 LC straft somit die am anfechtbaren Geschäft beteiligte Person ab²⁹⁷.

Die Vormerkung einer Pfändung im Konkursverfahren ist als registerrechtliche Vollstreckung bzw. Zwangsmaßnahme im Sinne von Art. 2 Abs. 4 LC keine vorbeugende Maßnahme. Denn mit dieser Art der Vollstreckung wird die vollständige individuelle Befriedigung des vollstreckenden Gläubigers angestrebt²⁹⁸ (Art. 570 LEC).

b) Aufnahme in die Gläubigerliste

Hypothekenforderungen sind als im Grundbuch eingetragene dinglich gesicherte Forderungen zwingend von der Konkursverwaltung in die Gläubigerliste aufzunehmen. Die Konkursverwaltung kann das Bestehen und die Wirksamkeit der dinglich gesicherten Forderungen in einem ordentlichen Verfahren und innerhalb der Frist zur Berichtabgabe²⁹⁹ anfechten (Art. 86 Abs. 2 S. 2 LC). Für eine solche Anfechtung ist es zweckmäßig, eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen, um zu verhindern, dass ein Zessionar der dinglich gesicherten Forderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist³⁰⁰.

c) Löschung von Sicherheiten besonders nahe stehender Personen

Von grundbuchrechtlicher Relevanz ist ebenfalls die im Konkursgesetz enthaltene, sehr umstrittene und als unverhältnismäßig erachtete Aufhebung von Sicherheiten, die für dem nahe stehende Personen bestellt worden sind, und der damit einhergehenden Löschung der entsprechenden Registereinträge (Art. 97 Abs. 2 LC i.V.m. Art. 93 LC). Ist der Gläubiger als eine mit dem Konkursschuldner besonders verbundene Person in der Gläubigerliste aufgeführt, und geht er gegen diese Einordnung nicht frist- und formgerecht vor, erlässt der Konkursrichter einen Beschluss, der die Löschung der Sicherheiten und der entsprechenden Registereintra-

²⁹⁵ Vgl. *González-Meneses Robles*, BCRE 2003, S. 1871, 1874.

²⁹⁶ Zum registerrechtlichen Gutglaubensschutz im Zusammenhang mit der Regelung im Konkursgesetz vgl. auch *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 838.

²⁹⁷ *González-Meneses Robles*, BCRE 2003, S. 1871, 1874.

²⁹⁸ *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 827.

²⁹⁹ Zwei Monate ab Annahme des Amtes durch die Konkursverwalter (Art. 74 Abs. 1 LC).

³⁰⁰ Vgl. hierzu *Domínguez Calatayud*, RCDI 2004, S. 817, 855 f.

gungen anordnet (Art. 97 Abs. 2 S. 1 LC). Für Hypotheken, die zugunsten besonders nahe stehender Personen bestellt wurden, bedeutet dies die Löschung ihres Grundbucheintrages (vgl. hierzu in diesem Kapitel auch A.VI.2.).

d) Anfechtung

Das dem alten System der *retroacción de la quiebra* anhaftende gravierende Problem, Art. 878 CCom und Art. 34 LH im registerrechtlichen Bereich miteinander in Einklang zu bringen, wird von den neuen Konkursregelungen vermieden. Die Probleme erfahren eine angemessene Behandlung im Konkursgesetz, da zum großen Teil der Doktrin der DGRN gefolgt wird³⁰¹. Das nachteilige Rechtsgeschäft ist nicht mehr automatisch nichtig, sondern wird erst aufgrund eines Urteils für unwirksam erklärt, das vom Konkursrichter infolge einer erfolgreichen Anfechtung des Rechtsgeschäfts in einem Zwischenverfahren des Konkurses erlassen wird³⁰². Die Aufhebung der Rechtsgeschäfte beruht auf der Benachteiligung der Gläubiger. Der Nachteil ist grundsätzlich zu beweisen, wird aber in einigen Fällen unwiderlegbar oder widerlegbar vermutet (vgl. dazu in diesem Kapitel A.XI.3.). Ein Gegenbeweis ist bei der Bestellung dinglicher Sicherheiten zugunsten von Altverbindlichkeiten oder neuen Verbindlichkeiten, die erstere ersetzen sollen, möglich³⁰³. Im Unterschied zu den Anfechtungsregelungen im *Código Civil* bedarf es bei der Aufhebung nach dem Konkursgesetz keiner Gläubigerbenachteiligungsabsicht. Diese Voraussetzung wird durch den Umstand ersetzt, dass das Rechtsgeschäft innerhalb von zwei Jahren vor Konkurseröffnung vorgenommen wurde (vgl. zur Anfechtung in diesem Kapitel XI.).

Seit Inkrafttreten des Konkursgesetzes kann mithin davon ausgegangen werden, dass Rechtsgeschäfte des Schuldners, die vor Konkurseröffnung liegen, grundsätzlich eintragbar sind, auch wenn diese in dem verdächtigen Zeitraum von zwei Jahren vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind. Denn die Rechtsgeschäfte sind von sich aus weder nichtig noch für nichtig erklärbar, so dass kein Hindernis besteht, diese im Register einzutragen³⁰⁴. Fraglich ist jedoch die Anwendbarkeit dieses Kriteriums auf dingliche Sicherheiten, deren Eintragung konstitutiven Charakter hat, d.h. unentbehrliche Voraussetzung für deren Entstehung ist. Tatsächlich macht Art. 90 Abs. 2 LC die Anerkennung des besonderen Privilegs vom Vorliegen der Voraussetzungen spezialgesetzlicher Formvorschriften abhängig, nach denen die Sicher-

³⁰¹ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2722; Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 824.

³⁰² Vgl. Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 852.

³⁰³ Die andere Vermutungsregelung ist auf die von der *Ponencia del Congreso* (Antragskommission) eingebrachte Modifikation zurückzuführen.

³⁰⁴ Curiel Lorente, RCDI 2003, S. 2699, 2723.

heiten gegenüber Dritten einwendbar sind³⁰⁵. Damit wird weiterhin der Ansicht gefolgt, dass Vorzugsrechte ohne Publizität im Konkurs nicht bestehen können. Die Voraussetzungen müssen bereits im Moment der Konkurseröffnung erfüllt sein, da sich die Passivmasse hiernach bestimmt³⁰⁶. War die dingliche Sicherheit zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingetragen, erscheint deren Aufnahme in die Liste der besonders privilegierten Forderungen unmöglich und eine Eintragung kommt nicht in Betracht³⁰⁷.

Ist die dingliche Sicherheit, etwa eine Hypothek, bereits eingetragen, kann diese angefochten werden. Wurde die Sache an einen Dritterwerber veräußert, der offensichtlich registerrechtlichen Schutz genießt, da sein Recht entsprechend den gesetzlichen Vorgaben eingetragen wurde, ist auch dieser zu verklagen. Hiermit wird den Anforderungen des effektiven Rechtsschutzes, der Legitimation und der registerrechtlichen Nachfolge Rechnung getragen³⁰⁸.

Mit der Eintragung des Konkurses wird die Vollstreckung aus einer eingetragenen Hypothek nicht verhindert, obwohl deren Bestellung im anfechtbaren Zeitraum erfolgte. Wird sie nicht angefochten, ist die Hypothek als wirksam zu erachten. Aus ihr kann deshalb ebenso wie aus den vor diesem Zeitraum bestellten Hypotheken vollstreckt werden (vgl. im 4. Kapitel B.). Bei der Eintragung der Zuschlagserteilung kann die Eintragung des Konkurses, die nach der Eintragung der Hypotheken erfolgte, gelöscht werden³⁰⁹.

Zweckmäßig ist, dass die Erhebung der Anfechtungsklage Gegenstand einer Vormerkung ist (als Klage des Art. 42 Abs. 1 LH). Für deren Ausübung ist es unumgänglich, dass sich die Klage nicht nur gegen den Vertragspartner des jetzigen Konkursschuldners richtet, sondern auch gegen die Buchberechtigten der später erfolgten Registereintragungen, deren Löschung angestrebt wird, und gegen die Buchberechtigten hinsichtlich des Eigentums an der Sache, die Gegenstand des angefochtenen Rechtsgeschäfts war. Wird der Klage stattgegeben, wird im Urteil die Löschung der Einträge angeordnet. Voraussetzung ist, dass die Buchberechtigten verklagt wurden. Die Sache wird wieder zugunsten des Konkursschuldners eingetragen. Kommt es hingegen zu einer Klageabweisung, wird der Eintrag zur Anfechtungsklage gelöscht³¹⁰.

³⁰⁵ In der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995 war noch direkt die Eintragung in einem Register notwendig. Dieses Erfordernis wurde durch die weitere Anforderung der Einwendbarkeit gegenüber Dritten ersetzt.

³⁰⁶ Dies war im Gesetzesentwurf von 1995 noch ausdrücklich vorgesehen.

³⁰⁷ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2723.

³⁰⁸ *Tracto sucesivo registral*, vgl. *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2723.

³⁰⁹ So *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2724.

³¹⁰ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2724.

3. Grundbuchrechtliche Konsequenzen bei der Vollstreckung aus Hypotheken

Von registerrechtlicher Bedeutung ist ebenfalls die Aussetzung bereits eingeleiteter Vollstreckungsverfahren aus Hypotheken sowie das Verbot, neue Vollstreckungen hieraus einzuleiten, wenn die Sicherheit auf einer Sache lastet, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners oder einer seiner Produktionseinheit betroffen ist (Art. 56 LC). Auch die Fortsetzung eines Vollstreckungsverfahrens aus einer Hypothek, die nicht auf einer derart betroffenen Sache ruht, spielt eine Rolle (vgl. auch im 4. Kapitel in B.). Die Regelungen der Art. 56, 57 LC haben hauptsächlich verfahrensrechtlichen Charakter. Sie sind von den Registerbeamten des Grundbuchamtes stets hinsichtlich solcher Dokumente zu berücksichtigen, deren Eintragung oder Vormerkung im Register angestrebt wird³¹¹. Bei fortgesetzten Vollstreckungsverfahren erfolgt die Dokumentation, an der das Register durch die Eintragung der Zuschlagserteilung der hypothekarisch belasteten Sachen teilnimmt, wie bei herkömmlichen Vollstreckungsverfahren vorm ordentlichen Richter³¹². Ein etwaiger Überschuss ist der Aktivmasse des Konkurses zuzuführen und nicht den im Rang nachfolgenden Gläubigern zur Verfügung zu stellen³¹³.

Noch nicht eingeleitete oder bereits begonnene Vollstreckungsverfahren, deren Versteigerungsanzeigen noch nicht veröffentlicht worden sind, werden im Konkursverfahren betrieben (Art. 155 LC). Entscheidet sich der Konkursrichter für die getrennte Vollstreckung, wird im normalen Verfahren vorgegangen und die Dokumentation der Zuschlagserteilung entspricht der im herkömmlichen Verfahren. Ein Überschuss wird der Aktivmasse zugeführt. Kommt es zu einer Gesamtvollstreckung, in deren Fall die hypothekarisch belastete Sache in die Aktivmasse aufgenommen wird, wird diese Sache im Konkursverfahren mit den anderen Sachen des Schuldners versteigert. Die Zuschlagserteilung wird nicht wie bei einem ordentlichen Vollstreckungsverfahren dokumentiert, sondern ist als Zuschlag im Konkursverfahren einzutragen. Ein Überschuss kommt der Aktivmasse zugute³¹⁴.

Zwar äußert sich das Konkursgesetz nicht zur Löschung der Hypothek, jedoch ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 155 Abs. 3 LC, der vom Fortbestehen der Hypothek im Falle des Verkaufs und des parallelen Eintritts des Käufers in die Hypothek spricht³¹⁵, dass die Belastung in den übrigen Fällen nicht fortbestehen soll³¹⁶. Außer in dem genannten Fall behan-

³¹¹ *González-Meneses Robles*, BCRE 2003, S. 1871, 1879.

³¹² *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2681.

³¹³ Vgl. auch *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2682.

³¹⁴ *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2682.

³¹⁵ In diesem Fall erfolgt die Eintragung zugunsten des Käufers aufgrund einer öffentlichen Urkunde, aus der der Eintritt in die Hypothek hervorgeht (Art. 155 Abs. 3 LC).

³¹⁶ *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2682.

delt das Gesetz weder die Aufrechterhaltung der Belastungen noch den Eintritt hierin durch die Zuschlagsempfänger. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Zuschlagserteilung des Grundstücks oder der Rechte des Konkursschuldners an die jeweiligen Ersteigerer die Löschung der Lasten nach sich zieht. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass deren Inhaber im Verfahren geladen waren. Der Registerbeamte muss daher entweder eine richterliche Verfügung verlangen³¹⁷, aus der hervorgeht, dass der Buchberechtigte des zu löschenden Eintrages im Verfahren geladen war, oder aber eine öffentliche Urkunde mit dem Einvernehmen des Inhabers verlangen. Eine öffentliche Urkunde wird auch bei den freiwilligen Veräußerungen (Art. 155 Abs. 4 LC) zu fordern sein, die von der Konkursverwaltung in Vertretung des Konkursschuldners bewilligt wird und in der die Umstände der Veräußerung oder die des Liquidationsplans beschrieben sind. Wurde der Verkauf unter Schuldübernahme genehmigt, ist dies ebenfalls in der öffentlichen Urkunde wiederzugeben³¹⁸. Das Grundbuchamt nimmt dann den Löschungseintrag der Hypothek vor³¹⁹. Ausgenommen hiervon ist der Fall der Zuschlagserteilung unter Eintritt in die Hypothek, da nur dort die Hypothek wirksam bleibt.

Zuschlagserteilungen, die nach Konkurseröffnung außerhalb des Konkursverfahrens bewilligt wurden, können ebenso eingetragen werden, wenn die Vollstreckungsverfahren bereits vor Konkurseröffnung aus dinglichen Sicherheiten eingeleitet wurden, die nicht von der Tätigkeit des Schuldners betroffen sind. Vollstreckungen aus dinglichen Sicherheiten, die die Tätigkeit des Schuldners zwar betreffen, aber vor Konkurseröffnung eingeleitet wurden und deren Versteigerungsanzeigen bereits zu diesem Zeitpunkt veröffentlicht waren, können ebenfalls eingetragen werden, wenn die erfassten Sachen nicht zur Fortführung der unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit des Schuldners notwendig sind³²⁰.

Die Eintragung der Zuschlagserteilung im Grundbuch richtet sich nach den Bestimmungen des Zivilprozess- und Hypothekengesetzes. Als Titel ist für die Eintragung eine beglaubigte Abschrift der Zuschlagserteilung durch den Richter im Konkurs ausreichend. Bei einer vor Konkurseröffnung begonnenen Vollstreckung genügt eine beglaubigte Abschrift von der Beendigung der Vollstreckung. Aus dem Eintrag muss jedoch hervorgehen, dass die Versteigerungsanzeigen vor Konkurseröffnung veröffentlicht wurden und dass die Sache für die Fortsetzung der schuldnerischen Tätigkeit entbehrlich ist³²¹.

³¹⁷ So auch *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2720.

³¹⁸ *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2720.

³¹⁹ *Florán Fazio*, BCRE 2003, S. 2679, 2682.

³²⁰ Vgl. hierzu *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2738.

³²¹ *Curiel Lorente*, Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad, S. 114.

4. Benachrichtigung der Richter durch das Grundbuchamt

Darüber hinaus hat das Grundbuchamt den Konkursrichter zu benachrichtigen, wenn Dokumente vorgelegt werden, aus denen Vollstreckungsverfahren hervorgehen oder neue Vorgänge bei anderen juristischen Organen bekannt werden. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die neuen Verfahren mit dem Konkurs verbunden werden (vgl. auch im 4. Kapitel B.VII.6.). Ist die Konkurseröffnung im Grundbuch eingetragen, hat das Grundbuchamt dies den ordentlichen Richtern, die für die neuen Vollstreckungsverfahren zuständig wären, mitzuteilen. Denn erst aufgrund dieser Mitteilung ist es den ordentlichen Richtern möglich, die neuen Verfahren wegen Unzuständigkeit abzulehnen, weil der Konkursrichter im Konkurs ausschließlich zuständig ist. Ist der Konkurs im Register eingetragen, muss der Registerbeamte ebenfalls alle Richter, bei denen Verfahren gegen den Konkurschuldner anhängig sind, die aus dem Grundbuch hervorgehen, davon unterrichten, dass ihre Verfahren mit dem Konkurs zu verbinden sind. Denn die Eintragungen können möglicherweise im Konkursverfahren abgeändert werden³²². Bereits eingeleitete Vollstreckungsverfahren, die in Sachen erfolgen, die von der Tätigkeit des Schuldners erfasst sind, werden ausgesetzt, sobald dem jeweiligen Gericht die Eröffnung des Konkurses bekannt ist. Der Registerbeamte muss dann dem ordentlichen Richter spätere Eintragungen, auch solche bei hypothekarisch gesicherten Sachen, die Einfluss auf die Vollstreckung haben können, nach Art. 135 LH mitteilen³²³.

XIII. Keine Sonderregelung im Konkurs eines Verbrauchers

Mit der Konkursrechtsreform ist eine normative Vereinheitlichung des Konkursverfahrens gelungen, die vom spanischen Gesetzgeber als besonderer Erfolg erachtet wird. Hierdurch entfällt jedoch die bislang geltende Unterscheidung der Vorschriften nach der Art des insolvent gewordenen Schuldners. Auf eine eigene Regelung für den Konkurs eines Verbrauchers wurde deshalb verzichtet. Der Gesetzgeber hat sich den Konkurs einer natürlichen Person als Verbraucher nicht vorgestellt. Eine spezielle Regelung für den Konkurs eines Verbrauchers ist aber auch nicht unbedingt erforderlich, da von der Aussetzung nach Art. 56 LC Vollstreckungen in Sachen des privaten Ge- oder Verbrauchs nicht erfasst sind. Es kann daher vorkommen, dass weder für den Gläubiger noch für den Schuldner ein Anreiz besteht, die Konkurseröffnung zu beantragen, weil die Vollstreckungskosten im Vergleich zu den bestehenden

³²² Florán Fazio, BCRE 2003, S. 2679, 2683.

³²³ Domínguez Calatayud, RCDI 2004, S. 817, 844.

Interessen unverhältnismäßig wären³²⁴. Zu den Sicherheiten bei einem Verbraucher gehören insbesondere Hypotheken auf Erst- und Zweitwohnung. Die Gläubiger dieser Sicherheiten konkurrieren zumeist mit anderen Privatgläubigern (etwa wegen Unterhaltszahlungen). Unterliegt das restliche Vermögen einer Sicherheit und gibt es einfache Privatgläubiger, müssen die privilegierten Gläubiger einzeln vorgehen können. Denn auch im Vergleich zu einem Gesamtvollstreckungsverfahren werden die einfachen Gläubiger nicht schlechter behandelt. Ferner besteht auch keine Notwendigkeit, einen wirtschaftlichen Sanierungsplan für die Zukunft zu erstellen, weil ein Verbraucher als Schuldner nur einen Erlass oder eine Stundung benötigt. Entscheidend ist daher, dass die gesicherten Gläubiger dem zahlungsunfähig gewordenen Verbraucher eine solche Hilfe gewähren, gleich, ob dies in einem Konkursverfahren erfolgt oder nicht³²⁵.

Art. 56 Abs. 1 LC zeigt, dass die Vollstreckung aus Sicherheiten, die Verbraucher oder Verbrauchsgüter betreffen, weder besonders geregelt noch restringiert ist³²⁶. Bei einem „Verbraucher-Konkurs“ kann uneingeschränkt aus den Sicherheiten vorgegangen werden. Der Gesetzgeber hat nicht einmal im Falle der Überschuldung eines Verbrauchers die Vollstreckung aus Sicherheiten beschränkt, um dem Schuldner einen *fresh start* zu ermöglichen³²⁷. Damit ist offensichtlich, dass das spanische Konkursgesetz nicht als Gesetz für den Konkurs von Verbrauchern konzipiert ist.

³²⁴ Vgl. Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 64.

³²⁵ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 64.

³²⁶ Weshalb hier eine Unstimmigkeit zwischen dem Prinzip der Universalität und der subjektiven (Art. 1 Abs. 1 LC) und objektiven Regelung (Art. 76 LC) bzw. der Abweichung von dieser Regel gesehen werden kann, je nachdem, ob die Sicherheit auf Sachen ruht, die dem Produktionsprozess angehören oder Verbrauchsgüter sind (Art. 56 Abs. 1 LC).

³²⁷ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 88.

B. Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz

I. Eigentumsvorbehalt an Immobilien (*Reserva de dominio sobre inmuebles*)

1. Einleitung

Anders als in Deutschland kommt der Eigentumsvorbehalt in Spanien nicht nur bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen zur Anwendung, sondern wird auch bei Grundstückskaufverträgen vereinbart³²⁸. Der Eigentumsvorbehalt (*reserva de dominio*) ist seit langem in der spanischen Rechtsordnung bekannt und anerkannt³²⁹. Im Abzahlungsgesetz von 1965³³⁰, das 1998 novelliert wurde³³¹, fand allerdings nur der Eigentumsvorbehalt an Mobilien eine gesetzliche Anerkennung. Eine Definition der rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ein innerhalb des Abzahlungsgesetzes vertraglich vereinbarter Eigentumsvorbehalt kann nach Eintragung in ein speziell hierfür geschaffenes Register Dritten entgegengehalten werden³³². Der Anwendungsbereich des spanischen Abzahlungsgesetzes beschränkt sich jedoch auf Abzahlungskäufe beweglicher Sachen, so dass Kaufverträge über Immobilien, bei denen ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, nicht erfasst sind³³³.

Im Gegensatz zu anderen romanischen Rechtsordnungen und im Unterschied zum deutschen Abstraktionsprinzip richtet sich der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang im spanischen Recht nach dem römisch-rechtlichen Prinzip des *titulus* und *modus* (*título y modo*)³³⁴, dessen Auslegung in der spanischen Literatur rege diskutiert wird³³⁵. Dieses geht dabei zunächst wie das Abstraktionsprinzip von einer prinzipiellen Trennung von Verpflichtungsgeschäft und Eigentumsübergang aus. Für die Eigentumsübertragung ist allerdings – anders als in Deutsch-

³²⁸ Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 77. Zum Eigentumsvorbehalt bei Immobilien vgl. auch SSTs 10.6.1958 (ARJ 1958, 2142); 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778) u. 11.3.1991 (ARJ 1991, 2206).

³²⁹ Leible, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, S. 286; allgemein zum Eigentumsvorbehalt vgl. auch Esgusquiza Balsameda, RCDI 1991, S. 9 ff.; Fröhlingsdorf/Cremades, RIW 1983, S. 812 ff.

³³⁰ LVP - *Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965* (BOE Nr. 173, v. 21.7.1965) = Gesetz über den Ratenverkauf von beweglichen Sachen (Abzahlungsgesetz), auch *Ley de Ventas a Plazos*.

³³¹ *Ley sobre la Venta a plazos de bienes muebles*, 28/1998 vom 13. Juli 1998 (BOE Nr. 167 vom 14. Juli 1998, 2351 ff.) (ARCL 1998 Nr. 1740); RDP 1998, S. 758 f. (ARCL 1998 Nr. 1740).

³³² Marco Molina, in: Löber/Peuster, Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 226.

³³³ Art. 4 a) – c) *Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Orden vom 19. Juli 1999 (BOE 1999 Nr. 15794).

³³⁴ Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 73; Schröder, INF 2000, S. 93, 96; Lobato García-Mijan, La reserva de dominio en la quiebra, S. 31.

³³⁵ Albaladejo García, in: Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, Bd. VIII, Art. 609 CC, S. 3 ff.; Castán Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, Bd. II, S. 288; Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Bd. III, S. 760 ff.; Gonzáles, in: Comentario al Código Civil, Art. 609 CC, S. 1543 ff.; Díez-Picazo, ADC 1963, S. 563; Lacruz, Elementos de Derecho Civil, Bd. II, S. 127; Lalaguna, RDP 1973, S. 399 ff.

land – kein dinglicher Vertrag im Sinne einer „Auflassung“ erforderlich³³⁶. Stattdessen geht das Eigentum in Erfüllung eines Vertrages (*titulo*) allein aufgrund der Übergabe, der „*traditio*“³³⁷ (*modo*) über (Art. 609 CC). Der Eigentumsübergang ist dabei nicht abstrakt gegenüber dem Grundgeschäft, sondern in seinem Bestand stets von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrages abhängig (Kausalitätsprinzip)³³⁸. Ist das Verpflichtungsgeschäft unwirksam oder anfechtbar, ist auch das Verfügungsgeschäft unwirksam³³⁹.

Im Hinblick auf die für die Eigentumsübertragung erforderliche Übergabe kennt das spanische Recht, wie das deutsche, zahlreiche Übergabesurrogate. Vollzieht sich der Eigentumsübergang aufgrund eines Kaufvertrages, kann gem. Art. 1462 II CC die körperliche Übergabe durch die notarielle Beurkundung des Kaufvertrages ersetzt werden. Da die Übergabesurrogate im *Código Civil* nicht abschließend normiert sind³⁴⁰, wird die Zulässigkeit des nicht ausdrücklich geregelten Besitzkonstituts aus Art. 1462 Abs. 2 und Art. 1463 CC abgeleitet³⁴¹.

2. Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts

Bereits vor der Verabschiedung des Abzahlungsgesetzes war unstreitig, dass ein Eigentumsvorbehalt auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Abzahlungsgesetzes und damit unabhängig von diesen gesetzlichen Bestimmungen wirksam vereinbart werden kann³⁴². Im Vordergrund stehen hier vor allem Grundstücksgeschäfte³⁴³. Außerhalb des Abzahlungsgesetzes bedarf die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts in Spanien grundsätzlich keiner besonderen Form zu seiner Wirksamkeit³⁴⁴. Dritten gegenüber hängt seine Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit hingegen von der Beachtung bestimmter Formen ab. Den gutgläubigen Rechts-

³³⁶ Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 73; zum Eigentumserwerb nach spanischem Recht siehe auch: Ballarín Hernández, El cobro de lo indebido, perfiles institucionales y eficacia traslativa, S. 141, und Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Bd. III, S. 782.

³³⁷ Zu Begriff und Formen der „*traditio*“ vgl. Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 74 f.

³³⁸ Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Bd. III, S. 68 ff.; Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 63.

³³⁹ Zu differenzieren ist hierbei, ob es sich um einen aufhebbarer (*anulable*) oder einen nichtigen (*nulo*) Vertrag handelt. Ein Vertrag ist nichtig und damit ohne Wirkung, wenn eine der Voraussetzungen des Art. 1261 CC fehlt. Aufhebbar ist ein Rechtsgeschäft, wenn eine der Parteien oder beide geschäftsunfähig sind oder wenn die Willenserklärung einer der Parteien wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung anfechtbar sind. Im Falle der Bestätigung ist ein aufhebbarer Vertrag allerdings wirksam.

³⁴⁰ STS 31.10.1983 (ARJ 1983, 5852).

³⁴¹ Werth, Warenkreditsicherung im deutsch-spanischen Wirtschaftsverkehr, S. 27.

³⁴² SSTS 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450); 22.6.1992 (ARJ 1992, 5459); 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778) u. 11.7.1983 (ARJ 1983, 4208); Bouza Vidal, Las garantías, S. 54 ff.; a.A. Bercovitz Rodríguez Cano, La cláusula de reserva de dominio, S. 71; derselbe, Comentario a la Ley de ventas a plazos de bienes muebles, S. 277 ff.; Kieninger, RIW 1994, S. 287, 291.

³⁴³ STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778); auch STS 23.2.1995 (ARJ 1995, 1701). Neben den Grundstücksgeschäften sind vor allem noch handelsrechtliche Umschlaggeschäfte mit beweglichen Sachen zu nennen, STS 19.9.1986 (ARJ 1986, 4714).

³⁴⁴ SSTS 3.7.1996 (ARJ 1996, 5555); 23.2.1995 (ARJ 1995, 1701); 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450) u. 26.3.1984 (ARJ 1984, 1434).

nachfolgen kann der Eigentumsvorbehalt daher häufig nicht entgegengehalten werden³⁴⁵. Während beim Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen eine privatschriftliche Vereinbarung für dessen Wirksamkeit gegenüber Dritten ausreicht³⁴⁶, bedarf es beim Eigentumsvorbehalt an Grundstücken einer Eintragung im Grundbuch. Dies ist nach Art. 23 LH ohne weiteres möglich³⁴⁷. Andernfalls könnten Dritte gemäß Art. 34 LH gutgläubig lastenfreies Eigentum vom Käufer erwerben. Ferner ist das sog. Anwartschaftsrecht im spanischen Recht unbekannt. Daher ist der Vorbehaltskäufer gegen Zwischenverfügungen und gegen die Vereitelung des Bedingungseintritts seitens des Vorbehaltseigentümers völlig schutzlos gestellt³⁴⁸.

Die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* verlangt zur Vermeidung von Täuschungsmanövern, insbesondere einer betrügerischen Rückdatierung des Rechtsgeschäfts³⁴⁹, und zur Durchsetzbarkeit des Eigentumsvorbehalts gegenüber Dritten, dass die Vorbehaltsklausel zu einer *fecha cierta* (einem gesicherten Datum) vor dem Vollstreckungszugriff errichtet worden ist. Hierbei ist zu beachten, dass nach spanischem Recht privatschriftlich formulierte Urkunden grundsätzlich nur Beweis für das Rechtsverhältnis der an ihm beteiligten Personen erbringen, während öffentliche Urkunden auch Beweiskraft gegenüber Dritten schaffen (Art. 1218 CC). Privaturkunden bedürfen erst der Eintragung in ein öffentliches Register (Art. 1227 CC), wenn sie eine den öffentlichen Urkunden vergleichbare Beweiskraft erreichen sollen. Unter den Parteien haben Privat- und öffentliche Urkunde dagegen die gleiche Beweiskraft³⁵⁰. Wird der Inhalt des privatschriftlichen Dokuments bestritten, muss Dritten gegenüber ein zusätzliches Beweismittel beigebracht werden³⁵¹. Art. 1280 Abs. 2 CC³⁵² und Art. 511 CCom³⁵³ sind als Formvorschriften nur von beweisrechtlicher Bedeutung³⁵⁴.

³⁴⁵ Marco Molina, in: Löber/Peuster, Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S.231 f.

³⁴⁶ SSTS 3.7.1996 (ARJ 1996, 5555); 23.2.1995 (ARJ 1995, 1701); 16.7.1993 (ARJ 1993, 6450), implizit 19.5.1989 (ARJ 1989, 3778) u. 25.3.1988 (ARJ 1988, 2472); Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 166; a.A. der TS in seiner obiter dictum in STS 28.5.1990 (ARJ 1990, 4092): Eine Eigentumsvorbehaltsvereinbarung kann Dritten wegen fehlender Registrierung nicht entgegengehalten werden, wobei unklar geblieben ist, ob der Gegenstand der Vereinbarung – eine Presse – unter das Abzahlungsgesetz fiel; vgl. unter Anmerkung Bercovitz Rodríguez-Cano, CCJC 1990, S. 693 ff.

³⁴⁷ Albaladejo/Montes, Comentarios, Bd. XV, Art. 1113, S. 1030; Roca Sastre/Roca-Sastre Munucill, Derecho Hipotecario, Bd. II, S. 400; a.A. Díez-Picazo, Fundamentos, Bd. III, S. 787, mit dem Argument, dass es sich bei der Eigentumsvorbehaltsvereinbarung um eine auflösende Bedingung handelt, die unter Art. 11 LH fällt.

³⁴⁸ Schröder, INF 2000, S. 93, 101.

³⁴⁹ SSTS 10.6.1958 (ARJ 1958, 2142) u. 10.12.1991 (ARJ 1991, 8926).

³⁵⁰ SSTS 25.3.1988 (ARJ 1988, 2472) u. 8.1.1962 (ARJ 1962, 331).

³⁵¹ SSTS 22.6.1995 (ARJ 1995, 4977); 2.11.1993 (ARJ 1993, 8563); 20.10.1989 (ARJ 1989, 6945) u. 30.5.1989 (ARJ 1989, 3900); Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 166.

³⁵² Die Aussage von zwei Zeugen allein reicht nicht aus, um einen Vertragsschluss zu beweisen, bei dem eine Leistung von mehr als 1500 Peseten geschuldet ist.

³⁵³ Verträge, bei denen die geschuldete Leistung einer der Parteien den Betrag von 1500 Peseten übersteigt, sind schriftlich abzuschließen.

³⁵⁴ SSTS 16.5.1996 (ARJ 1996, 4348); 29.3.1995 (ARJ 1995, 2333); 22.1.1995 (ARJ 1995, 177) u. 21.7.1991 (ARJ 1991, 5421); a.A. STS 24.10.1995 (ARJ 1995, 7846).

3. Wirkungen des Eigentumsvorbehalts

a) Im Innenverhältnis

Beim Eigentumsvorbehaltskauf steht dem Verkäufer im Falle der Nichtzahlung des Käufers neben dem Recht zur Auflösung des Vertrages gem. Art. 1124 CC auch das Recht zu, sein Eigentum herauszuverlangen (Art. 348 Abs. 2 CC). Zu berücksichtigen ist, dass der Anspruch auf Vertragsauflösung subsidiär ist (Art. 1294 CC) und erst geltend gemacht werden kann, wenn dem Geschädigten eine andere rechtliche Möglichkeit fehlt, Rechtsnachteile zu verhindern³⁵⁵. Der Verkäufer wird daher zunächst eine Rückgabeklage anstreben, um sodann zur Auflösungsklage übergehen zu können³⁵⁶.

b) Im Außenverhältnis

Der praktische Wert der Klausel als dingliche Haftungssicherung zeigt sich hauptsächlich im Außenverhältnis gegenüber Dritten. Während in Deutschland ein formlos vereinbarter Eigentumsvorbehalt gegenüber Außenstehenden Wirksamkeit erlangt, sind die Interessen des Verkäufers Dritten gegenüber nach spanischem Recht in der Regel erst nach Beobachtung weiterer Formvorschriften geschützt³⁵⁷. Bei der Pfändung des Vorbehaltsgutes durch andere Gläubiger des Käufers kann der Verkäufer die sog. *tercería de dominio* nach Art. 595 ff. LEC³⁵⁸ betreiben, sofern sein Vorbehaltsrecht aus einem Dokument mit *fecha cierta* hervorgeht. Die *tercería*, die der Drittwiderspruchsklage in § 771 ZPO ähnelt, muss entweder auf das Eigentum an der beschlagnahmten Sache oder auf eine gegenüber dem betreibenden Gläubiger bestehende *preferencia* (Vorzugsrecht) gestützt sein³⁵⁹.

II. Konkurs des Vorbehaltskäufers

1. Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC

Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC bezieht sich auf die Wiedererlangung verkaufter Sachen. Die Klage des Vorbehaltsverkäufers gegen den Vorbehaltskäufer auf Wiedererlangung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache ist deshalb grundsätzlich erfasst. Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC positioniert den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt zwischen den dinglichen Sicherheiten und den zweiseitigen Verträgen. Denn in Bezug auf die Vollstreckung wird der Eigentumsvorbehalt

³⁵⁵ Wohlhaupter, Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 24 (1931), S. 402.

³⁵⁶ Schröder, INF 2000, S. 93, 97.

³⁵⁷ Rivera, La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio, S. 41 ff.

³⁵⁸ LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil – Zivilprozessgesetz; Art. 1532 ff. LEC von 1881 a.F.

³⁵⁹ Marco Molina, in: Löber/Peuster, Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S.227.

den dinglichen Sicherheiten angeglichen, während die zweiseitigen Verträge eine eigene Regelung in Art. 61, 62 LC gefunden haben. Die Vorschriften des Art. 56 und der Art. 61, 62 LC sind aber kaum miteinander in Einklang zu bringen, weil der Ursprung des zweiseitigen Vertrages – des Kaufvertrages – mit der Sicherungswirkung, die in der Zurückbehaltung des Eigentums liegt, kollidiert. Während die vertragliche Nichterfüllung nach Art. 62 LC als im Konkurszwischenverfahren zu erhebende Auflösungsklage behandelt wird, die der Einschränkung des Art. 62 Abs. 1 LC unterliegt³⁶⁰, wird sie in Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC als „Vollstreckungsklage“ behandelt, die den Verfahrensvorgaben des Art. 57 LC unterworfen ist³⁶¹.

Darüber hinaus stellt sich bei Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC die Frage, ob von dieser Vorschrift auch solche Klagen erfasst sind, die auf die Wiedererlangung von Immobilien abzielen, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurden. Denn Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC spricht zwar von eingetragenen Verträgen, bezieht sich aber ausdrücklich nur auf Verträge, die im Mobiliarregister (*Registro de Bienes Muebles*) eingetragen sind, und deshalb nur auf den Verkauf beweglicher Sachen. Darum ist die Eintragung von Verträgen über unbewegliche Sachen vom Wortlaut der Vorschrift des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC zunächst ausgeschlossen. Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC sieht eine derartige Beschränkung hingegen nicht vor, da dieser ausdrücklich Verträge über Immobilien erwähnt.

Ein Teil der Literatur³⁶² schlussfolgert deshalb, dass eine Klage, die auf einen im Grundbuch eingetragenen Eigentumsvorbehalt an einer Immobilie gestützt ist und auf die Wiedererlangung der verkauften Sache gerichtet ist, nicht als Klage i.S.v. Art. 56 LC zu verstehen sei, weil der Eigentumsvorbehalt nicht im Mobiliarregister eingetragen ist. Deswegen unterliege der Eigentumsvorbehalt an Immobilien auch nicht der Beschränkung dieser Vorschrift. Allerdings würde dem Gläubiger eines solchen Eigentumsvorhalts auch nicht die Berechtigung zuteil, abgesondert vollstrecken zu können. Der Eigentumsvorbehalt an Immobilien erfülle daher weder den Tatbestand des Art. 56 Abs. 1 LC, noch genieße er das Privileg des Art. 80 LC. Diese Schwierigkeiten könnten indes dadurch behoben werden, dass der Eigentumsvorbehalt an Immobilien zur Sicherung der Kaufpreiszahlung einfach als auflösende Bedingung eingetragen würde. Denn letztlich würde es sich nur um ein Problem der Eintragsform handeln³⁶³. Als auflösende Bedingung sei er dann von Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC erfasst. Wurde

³⁶⁰ Das heißt, dass eine Auflösung des Vertrages wegen Nichterfüllung vor Konkurseröffnung nicht greift. Nach der STS 23.4.2003 (ARJ 2003, 3259) entspricht diese Situation auch der des alten Rechts.

³⁶¹ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 79.

³⁶² Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 160.

³⁶³ So Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 160. Der *Tribunal Supremo* hat in seiner Entscheidung vom 30.10.1983 (ARJ 1983, 5846) vertreten, dass die Aufhebung der Pfändung durch eine auflösende Bedingung in gleicher Weise erreicht werden kann wie durch einen Eigentumsvorbehalt. Zum Eigentumsvor-

der Eigentumsvorbehalt jedoch nicht in dieser Form eingetragen, sondern als aufschiebende Bedingung der Eigentumsübertragung als Sicherheit des gestundeten Kaufpreises, genieße der Verkäufer keinerlei Recht auf abgesonderte Vollstreckung, auch nicht ein Aussonderungsrecht *ex iure domini* nach Art. 80 LC. Unberührt bliebe hier nur die Möglichkeit, den Vertrag nach Art. 62 LC aufzulösen. Im Falle einer aufschiebenden Bedingung genieße der Verkäufer bei deren Eintragung aber immer noch das besondere Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC. Außer Frage stünde jedoch, dass der Eigentumsvorbehalt an Immobilien außerkonkursrechtlich als Übertragung unter einer aufschiebenden Bedingung nach Art. 23 LH errichtet werden kann³⁶⁴. Nach dieser Auffassung brächte die Errichtung des Eigentumsvorbehalts in dieser Form allerdings keine konkursrechtlichen Vorteile in Bezug auf eine Vollstreckung, auch wenn ein Befriedigungsprivileg nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC gegeben ist. Das Privileg bei der Befriedigung setze letztlich voraus, dass der Verkäufer die Möglichkeit hat, den Vorbehalt in jedem Fall auszuüben (als aufschiebende oder auflösende Bedingung)³⁶⁵.

Für die Anwendbarkeit des Art. 56 LC auf den Eigentumsvorbehalt an Immobilien³⁶⁶ könnte allerdings vorgebracht werden, dass das Konkursgesetz die Gläubiger einer dinglichen Sicherheit und die zu einer dinglichen Klage Berechtigten nach Art. 56 Abs. 1 LC mit den Gläubigern, die Inhaber einer besonders privilegierten Forderung nach Art. 90 LC sind, gleichzusetzen scheint³⁶⁷. Ableiten ließe sich dies aus Art. 155 LC, der die Befriedigung der besonders privilegierten Forderungen regelt und ausdrücklich auf die Aussetzung und das Ruhen der Vollstreckung nach Art. 56 Abs. 2 S. 1 LC verweist. Aus diesem Grunde sollten der Regelung des Art. 56 LC auch alle Inhaber der nach Art. 90 LC besonders privilegierten Forderungen unterworfen sein³⁶⁸, mithin auch der Eigentumsvorbehalt an Immobilien.

Hiergegen ließe sich jedoch einwenden, dass der Gesetzgeber, hätte er eine solche Gleichstellung tatsächlich beabsichtigt, in Art. 56 LC einfach auf Art. 90 LC hätte verweisen können, um die von der Aussetzung erfassten dinglichen Sicherheiten und Klagen zur Wiedererlan-

behalt an Immobilien als auflösende Bedingung vgl. auch *Casas Vallés*, RJC 1986, S. 640 ff. Zum Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung vgl. die sich diesem Abschnitt sogleich anschließenden Ausführungen in C.

³⁶⁴ STS 10.6.1958 (ARJ 1958, 2142). Hierbei handelt es sich um eine lang umstrittene Frage, vgl. hierzu etwa *Díez-Picazo*, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Bd. II, S. 666 f.; *Garrido*, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 508 f.

³⁶⁵ *Carrasco Perera*, *Los Derechos de garantía*, S. 161.

³⁶⁶ *Fajardo*, in: *Cordón Morena*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 452 f.; *Garrido*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 90, S. 1627, sowie *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, ebenda, Art. 56, S. 1047. *Carrasco Perera*, *Los Derechos de garantía*, S. 153, 154; *Velencoso Martínez*, NZI 2004, S. 72, 77, wendet Art. 56 LC auf den Eigentumsvorbehalt an Immobilien einfach an, ohne auf diese Problematik überhaupt einzugehen.

³⁶⁷ So *Fernández-Ballesteros*, *Derecho Concursal Práctico*, Art. 56, S. 301.

³⁶⁸ Hierunter sind alle Inhaber der in Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 LC aufgeführten besonders privilegierten Forderungen gemeint, *Fernández-Ballesteros*, *Derecho Concursal Práctico*, Art. 56, S. 301.

gung der belasteten Sachen zu bestimmen. Hierauf wurde jedoch verzichtet. Der Gesetzgeber führt in seiner Begründung des Gesetzes vielmehr aus, dass das Konkursgesetz die Behandlung der Vollstreckungsklagen dinglicher Sicherheiten nur auf Klagen zur Wiedererlangung von beweglichen Sachen (*bienes muebles*) erstreckt, die auf Raten verkauft oder aufgrund Finanzierungsleasings überlassen worden sind³⁶⁹. Hinsichtlich der Wiedererlangung von Immobilien bezieht sich der Gesetzgeber nur auf die Auflösung von Grundstücksverkäufen (*resolutorias de ventas de inmuebles*) wegen ausbleibender Zahlung des gestundeten Kaufpreises, was auch an Art. 56 Abs. 1 S. 2, 4. Alt. LC erkennbar ist³⁷⁰. Aufgrund dessen könnte davon ausgegangen werden, dass der Eigentumsvorbehalt bei Immobilien nicht von Art. 56 LC erfasst sein soll.

Dieses Ergebnis überzeugt jedoch nicht. Denn zum einen wird durch die nur wörtliche Auslegung von Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC der mit dieser Vorschrift beabsichtigte Zweck außer Acht gelassen. Zum anderen sind die Ausführungen des Gesetzgebers in der Begründung des Konkursgesetzes eher als Aufzählung zu verstehen. Das von ihm vorgegebene Ziel ist nämlich die Aussetzung von Vollstreckungen und Klagen, die auf die Wiedererlangung von Sachen gerichtet sind, die der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners dienen, um so den Konkursinteressen gerecht zu werden. Auch der Umweg der Eintragung des Eigentumsvorbehalts als auflösende Bedingung erscheint wenig akzeptabel, da die als „normale“ Eigentumsvorbehalte eingetragenen Vorbehalte aus Art. 56 LC herausfallen würden. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich die Aussetzung nach Art. 56 Abs. 1 LC sowohl auf Klagen zur Wiedererlangung als auch auf Vollstreckungsklagen erstreckt. In Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC ist lediglich eine Spezifizierung³⁷¹ der Grundregel des Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC zu sehen, die die erfassten Klagen nicht abschließend festlegt. Dies hat zur Folge, dass die Regel des Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC allgemein auf jede Art dinglich gesicherter Gläubiger anwendbar ist. Der dort genannte Begriff der „Vollstreckung aus einer dinglichen Sicherheit“ (*„ejecución de garantía real“*) ist hinsichtlich seiner Rechtsfolge der Vollstreckungsaussetzung sehr viel weiter zu verstehen – und zwar so weit, dass alle Fälle, in denen der Kläger die Vollstreckung, die Rückgabe oder die Herausgabe einer bestimmten Sache, die sich im Besitz des Konkursschuldners als Beklagtem befindet, erfasst sind. In all diesen Fällen begründet Art. 56 LC die Aussetzung der Klage, vorausgesetzt, die Sache ist von der Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen. Bedenkt man, dass Art. 56 Abs. 1 LC Gläubigern, denen die Rechtsordnung im

³⁶⁹ Begründung des Konkursgesetzes III., BOE Nr. 164, vom 10. Juli 2003, 26905, 26908.

³⁷⁰ So auch *Sánchez Rus/Sánchez Ruz*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1047, die darauf hinweisen, dass das Gesetz im Bereich der Immobilien nur auf diese Sicherheit Bezug nimmt.

³⁷¹ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1047.

Allgemeinen einen starken, mehr als gerechtfertigten Schutz zuteil werden lässt (wie etwa einem Hypothekengläubiger), eine nachteilige Rechtsfolge auferlegt (die Aussetzung der Vollstreckung), so muss hieraus erst recht geschlossen werden, dass die anderen Gläubiger, deren Recht weniger schützenswert ist, keine bessere Behandlung erfahren dürfen. Folglich muss Art. 56 LC auf diese ebenso Anwendung finden. Es kann daher bejaht werden, dass Klagen, in denen der Kläger, der sich auf eine fällige und einklagbare Forderung stützt, eine Vollstreckung in die Sache aus einer Sicherheit oder aufgrund einer Vertragsauflösung betreibt oder die Rückgabe der betroffenen Sache verlangt, auszusetzen sind. Der im Grundbuch eingetragene Eigentumsvorbehalt an Immobilien ist deshalb ebenfalls von Art. 56 LC erfasst. Auch die Herausgabeklage des Verkäufers unterliegt der Regelung des Art. 56 LC, die nicht durch Art. 80 LC (*seperatio ex iure domini*) umgangen werden kann.

Die Klage auf Wiedererlangung einer Immobilie, die unter eingetragenem Eigentumsvorbehalt verkauft wurde, ist wiederum nur dann auszusetzen, wenn die Immobilie von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners oder von einer seiner Produktionseinheit betroffen ist (Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC). Verwiesen wird hier auf die Ausführungen zu den dinglichen Sicherheiten im 4. Kapitel (A.II., IV.). Klagen auf Wiedererlangung von nicht betroffenen unter Eigentumsvorbehalt verkauften Immobilien können weiterverfolgt oder eingeleitet werden. Zuständig ist auch hier der Konkursrichter, weil die Klagen auf Wiedererlangung als „Vollstreckung“ zu erachten sind, so dass Art. 8 LC einschlägig ist³⁷². Auf diese ist auch die allgemeine Regelung der Art. 61, 62 LC anwendbar, da die Ausübung des Vorbehalts zur Wiedererlangung immer die Vertragsauflösung mit sich bringt. Die „Auflösung“ nach Art. 61, 62 LC unterscheidet sich aber von der Regelung in Art. 56, 57 LC.

2. Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt als gegenseitiger Vertrag

Die Vorschriften der Art. 61, 62 LC sind auf einen Kaufvertrag, bei dem ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, ebenfalls anwendbar, da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt (vgl. auch im 2. Kapitel B.III.3.a). Schwierigkeiten bereitet hierbei jedoch die Frage, ob ein Kaufvertrag von einer der Parteien erfüllt worden ist oder nicht. Ist etwa die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache zum Zeitpunkt der Konkursöffnung an den Käufer übergeben worden, kann zweifellos von einem Vertrag geredet werden, der bereits von einem der Vertragspartner erfüllt worden ist, vorausgesetzt der Eigentumsvorbehalt ist durch den Willen der Vertragsteile oder durch Gesetz³⁷³ als Sicherheit errichtet worden³⁷⁴. Hat der Vertragspartner

³⁷² Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 134.

³⁷³ Art. 16 LVBBM bei Sachen, die diesem Gesetz unterliegen (bewegliche Sachen).

bereits erfüllt, wird gerade hierdurch eine Sicherheit begründet, um die Beitreibung der Forderung gegen die andere Vertragspartei abzusichern. Kommt es wegen des Konkurses zur Nichterfüllung, kann der Verkäufer aus der Sicherheit vorgehen (Art. 57 LC), wenn die gesetzlichen Fristen abgelaufen sind (Art. 56 Abs. 1 LC). Das Gesetz erlaubt den Konkursorganen, die Forderungen auch ohne Verwertung der erfassten Sache zulasten der Masse zu erfüllen (Art. 56 Abs. 2 und Art. 155 Abs. 2 LC). Hierdurch soll die Sache, die Gegenstand der Sicherheit ist, im Konkursvermögen gehalten werden. Die Durchführung des Vertrages durch den Teil *in bonis* hat deshalb nicht zwangsläufig die Aufnahme der Schuld des Konkurschuldners in die Passivmasse des Konkurses zur Folge. Denn die Konkursverwaltung kann sich dafür entscheiden, eine durch Eigentumsvorbehalt gesicherte Forderung zulasten der Masse zu erfüllen. Macht sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, hat der Verkäufer unter bestimmten Einschränkungen das Recht, die Sicherheit außerhalb des Konkurses zu vollstrecken (Art. 57 LC)³⁷⁵.

Werden Sachen unter Eigentumsvorbehalt verkauft, die nicht dem LVPBM unterliegen, ist der Eigentumsvorbehalt zumeist als aufschiebende Bedingung des Eigentumsüberganges konzipiert. In diesem Fall ist jedoch zweifelhaft, ob der Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer die Sache zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung übergeben hat, ein von der Ausführung beider Seiten abhängiger Vertrag ist. Die Lösung hängt in der Tat davon ab, welche Verpflichtungen des Verkäufers vorliegen. Wird die Eigentumsübertragung als Hauptpflicht des Verkäufers erachtet (so Art. 30 des Wiener Übereinkommens), ist klar, dass der Vertrag von keiner der beiden Vertragspartner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung vollständig erfüllt worden ist. Im *Código Civil* stellt die Eigentumsübertragung allerdings keine Verpflichtung des Verkäufers dar, sondern ist nur eine bei der Durchführung des Übertragungsvertrages automatisch mit der Übergabe der Sache verbundene Wirkung. Daher besagt allein der Umstand, dass die Übertragungswirkung durch den Willen der Parteien aufgeschoben wird, nicht, dass der Vertrag von Seiten des Verkäufers noch nicht erfüllt worden ist. Der Vertrag ist von ihm erfüllt worden, wenn er außer der Übergabe die weiteren durch das Geschäft übernommenen Verpflichtungen vorgenommen hat. Indem sich der Verkäufer als Gläubiger das Eigentum vorbehält, muss der Konkursverwaltung allerdings die Möglichkeit zugestanden werden, die Verpflichtungen des Schuldners, die aus dem Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt hervorgehen, zulasten der Masse erfüllen zu können. Den Erwerb der in Frage stehenden Sachen muss sie konsolidieren können, wenn dies dem Konkursinteresse entspricht. Denn anderenfalls würde

³⁷⁴ Martínez Flórez, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Art. 61, S. 1135 f.

³⁷⁵ Vgl. Martínez Flórez, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Art. 61, S. 1136.

das Eigentum dieser Sache niemals auf den Konkursschuldner übergehen. Die Konkursverwaltung verfügt somit über dieselbe Befugnis wie bei einem Vertrag, der von der Durchführung beider Seiten abhängt³⁷⁶. Kommt weder der Konkursschuldner noch die Konkursverwaltung der Pflicht nach, den Vertrag zu erfüllen, kann der Verkäufer die Sache nicht sofort aussondern, sondern muss bis zum Ablauf der gesetzlichen Fristen warten (Art. 56 Abs. 1 LC)³⁷⁷.

3. Wiederaufnahme von Abzahlungskaufverträgen

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 69 LC hinzuweisen. Die Konkursverwaltung kann aufgrund Eigeninitiative oder auf Antrag des Konkursschuldners Kaufverträge über bewegliche oder unbewegliche Sachen mit kreditiertem oder gestundetem Kaufpreis, die in den letzten drei Monaten vor der Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst wurden, wieder aufnehmen, wenn die in Art. 69 LC vorgeschriebenen Voraussetzungen und Fristen eingehalten sind. Da Art. 69 LC Verträge erfasst, die vor dem Konkurs aufgelöst wurden, ist er von Art. 62 LC zu differenzieren, auch wenn er auf ähnlichen gesetzepolitischen Gründen beruht. Die Modi und Wirkungen der Wiederaufnahme nach Art. 69 LC unterscheiden sich von denen nach Art. 62 Abs. 3 LC. Die Wiederaufnahme aufgelöster Verträge ist außergerichtlicher Art, wie Art. 69 Abs. 2 LC zu entnehmen ist. Sie kommt nicht in Betracht, wenn der Gläubiger auf legale Weise tatsächlich Besitz wieder erworben hat³⁷⁸. Nur wenn der Gläubiger die Auflösungsklage betrieben hat, kann er der Wiederaufnahme entgegen wirken, aber nicht, wenn er den Eigentumsvorbehalt in Abhängigkeit von der Erfüllung geltend gemacht hat, um eine privilegierte Befriedigung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC zu erhalten³⁷⁹. Sind die Konkursverwalter und der Gläubiger in Bezug auf Ursprung und Reichweite der Auflösung uneins, muss die Konkursverwaltung die entsprechende Konkurszwischenklage einlegen. Der Verkäufer kann jedoch die getrennte Vollstreckungsklage nach Maßgabe des Art. 56 LC betreiben, es sei denn der Richter setzt die Ausübung des Rechts durch eine vorbeugende Maßnahme aus³⁸⁰.

³⁷⁶ Auch wenn es stimmt, dass diese Annahme differenziert zu betrachten ist, da bei den von der Durchführung durch beide Seiten abhängigen Verträgen die Konkursverwaltung dazu verpflichtet – und nicht befugt – ist, den Vertrag zulasten der Masse zu erfüllen. Sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch die Ausübung der Befugnis frei machen, den Vertrag im Interesse des Konkurses aufzulösen.

³⁷⁷ Vgl. hierzu *Martínez Flórez*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Art. 61, S. 1137. *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 148.

³⁷⁸ Notwendig ist aber zudem, dass der Verkäufer oder Gläubiger die empfangene Gegenleistung zurückgegeben oder entsprechend hinterlegt hat (Art. 69 Abs. 2 LC).

³⁷⁹ Selbst wenn er Besitz von der Sache ergriffen hat oder den Zuschlag hierfür erteilt bekommen hat, da dies keiner der Ausnahmen des Art. 69 Abs. 2 LC entspricht.

³⁸⁰ *Carrasco Perera*, Derechos de garantía, S. 152.

4. Besondere Privilegierung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC

Bei Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ist zunächst auf den dort vorhandenen schwerwiegenden Druckfehler hinzuweisen. Im *Informe de la Ponencia del Congreso* wurden die Worte „o vendidos“ (oder verkauft), die in Art. 89 Abs. 1 Nr. 4 LC zwischen „bienes arrendados“ (geleaste Sachen) und „con reserva de dominio“ (unter Eigentumsvorbehalt) standen, entfernt. In dem sich anschließenden parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren wurde dieser Fehler nicht bemerkt³⁸¹, so dass auch der heutige Gesetzestext nicht von „bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio“ (geleaste „und“ unter Eigentumsvorbehalt „verkaufte“ Sachen) spricht, sondern von „bienes arrendados con reserva de dominio“ (unter Eigentumsvorbehalt geleaste Sachen). Der Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ist deshalb unverständlich und hat zu Auslegungsschwierigkeiten geführt³⁸². Bei der Auslegung von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC sind mithin stets die Worte „oder verkauft“ gedanklich hinzuzufügen, um diesen Fehler zu beheben. Andere schlagen vor, den Wortlaut noch weiter zu ergänzen, um die Verständlichkeit dieser Vorschrift zu erhöhen: Hinzugefügt werden solle etwa „oder verkauft, vorausgesetzt, der Kaufvertrag wurde durch Eigentumsvorbehalt, Verfügungsverbot oder auflösende Bedingung mangels Zahlung gesichert“³⁸³.

Abgesehen von dieser sprachlichen Ungenauigkeit des Gesetzestextes ist aber auch die Einräumung des besonderen Privileges nicht unproblematisch. Die Gewährung eines besonderen Privileges für einen Eigentumsvorbehalt stellt eigentlich einen Widerspruch in sich selbst dar, weil der Eigentumsvorbehalt an Immobilien, der im Grundbuch eingetragen ist, traditionell als aufschiebende Bedingung gestaltet wird, die die Eigentumsübertragung der Immobilie von der Zahlung des vereinbarten Kaufpreises abhängig macht. Diese Sicht des Eigentumsvorbehalts behält auch im Lichte der *Ley Concursal* ihre Gültigkeit, da dem Verkäufer das Recht zuerkannt wird, die Immobilie herauszufordern (Art. 56 LC), auch wenn dieses Recht der gleichen Aussetzungsregel unterliegt wie die Vollstreckung dinglicher Sicherheiten³⁸⁴. Bislang war der Verkäufer, der Immobilien (oder bewegliche Sachen, die nicht dem LVBPM unterlagen) unter Eigentumsvorbehalt oder unter Verfügungsverbot verkaufte, oder der Verkäufer,

³⁸¹ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 530.

³⁸² Hierzu auch Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 199, die auf die verschiedenen Probleme hinweist, die sich aus dem Wortlaut des Konkursgesetzes in dieser Form ergeben. Ebenso Carrasco Perera, Derechos de garantía en S. 132 Fn. 9.

³⁸³ Der Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC sollte demnach wie folgt lauten: „Son créditos con privilegio especial: 4.º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos, siempre que se hubiere garantizado la compraventa con reserva de dominio, prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago“, so Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 200.

³⁸⁴ Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1627.

der bewegliche Sachen unter ausdrücklicher auflösender Bedingung veräußerte, nicht privilegiert. Er profitiert nun von der Regelung in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC³⁸⁵.

Gegenstand des Privileges kann nur eine Immobilie sein, da die Wirkung des Eigentumsvorbehalts an den Bestand eines Kaufvertrages über eine Immobilie geknüpft ist, der den Eigentumsvorbehalt enthält, und der im Grundbuch (*Registro de la Propiedad*) eingetragen ist. Der Bestand des besonderen Privileges, das sich auf den Eigentumsvorbehalt stützt, erfordert zum einen, dass ein Kaufvertrag über eine Immobilie besteht, und zum anderen, dass der Verkäufer der Immobilie den gestundeten Preis durch die Aufnahme der Eigentumsvorbehaltsklausel im Vertrag abgesichert hat. Die im Vertrag aufzunehmende Klausel muss aus einer öffentlichen Urkunde hervorgehen und im Grundbuch eingetragen sein³⁸⁶. Dies ist Voraussetzung für die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Eigentumsvorbehalts gegenüber Dritten und auch für die Einräumung des besonderen Privileges im Konkurs (Art. 90 Abs. 2 LC)³⁸⁷.

Nach dem Konkursgesetz ist die gesicherte Forderung nur der entsprechende Teil des Preises, der noch nicht beglichen ist, unabhängig davon, ob die Forderung die des Verkäufers oder eines Dritten ist, der den Kaufvertrag finanziert. Die von dem besonderen Privileg gedeckten Forderungen entsprechen daher dem Teil des ausstehenden Preises, auch wenn es sich nur um

³⁸⁵ Eine andere Auslegung spricht *Pantaleón Prieto* an, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 530 Fn. 82. Dieser weist darauf hin, dass Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC auch so ausgelegt werden könnte, dass die Wörter „bewegliche Sachen“ mit „unter Eigentumsvorbehalt“ und die Wörter „Immobilien“ mit „unter auflösender Bedingung bei ausbleibender Zahlung“ ausschließlich verbunden werden. Für eine solche Auslegung könnte ein Absatz in der Begründung des Konkursgesetzgebers III. zu Art. 56 Abs. 1 LC sprechen: „*A estos efectos, la ley extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado.*“, B.O.E. Nr. 164, v. 10. Juli 2003, S. 26908. Dem Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC nach erstreckt sich das Privileg aber eindeutig auf bewegliche und unbewegliche Sachen aller dort erwähnten Institute.

³⁸⁶ *Garrido*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1628; *Albaladejo/Montes*, Comentarios, Bd. XV, 1989, Art. 1113, S. 1030; *Roca Sastre/Roca-Sastre Munucill*, Derecho Hipotecario, Bd. II, S. 400.

³⁸⁷ So auch *Garrido*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1627, 1632 f. Bei beweglichen Sachen bedarf der Eigentumsvorbehalt zu seiner Anerkennung im Konkurs ebenfalls der Eintragung, jedoch im *Registro de Bienes Muebles*. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* in Zivilsachen (SSTS 10.6.1958; 19.10.1982; 11.7.1983; 26.3.1984; 19.5.1989; 16.7.1993 u. 23.2.1995) ist ein Eigentumsvorbehalt zwar ohne weitere Erfordernisse als der Erstellung in einer öffentlichen Urkunde (*escritura pública*) nach Art. 1218 und Art. 1227 CC *erga omnes* wirksam. Jedoch ist im konkursrechtlichen Bereich die Eintragung aufgrund der Verknüpfung der Wörter „unter Eigentumsvorbehalt“ oder „unter Verfügungsverbot“ in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC mit Art. 90 Abs. 2 LC und der Bestimmung in Art. 15 Abs. 1 LVPBM erforderlich. Zu diesem Thema vor allem *Garrido*, Tratado de preferencias del crédito, S. 508 ff., der von der Notwendigkeit der Registereintragung ausgeht; ebenso *Peña Bernaldo de Quirós*, Derechos reales, Bd. II, S. 438 ff., S. 456 Fn. 127; auch *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, Tratado de los derechos de garantía, S. 1014 f.; *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 530.

einen einzigen Betrag handelt und nicht um „Raten“ – wie in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC vorgesehen³⁸⁸.

Von einigen Autoren wird das in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC geschaffene Privileg befürwortet. In einem System, das besonderen Wert auf die Durchführung des Kaufvertrages legt, in dem die Eigentumsübertragung der Sache durch die Übergabe erfolgt, ohne dass hierfür die Kaufpreiszahlung notwendig ist, sei es absolut gerechtfertigt, dem Verkäufer ein besonderes Privileg an dem Wert der verkauften Sache zu gewähren³⁸⁹. Ferner würde durch den ausdrücklichen Hinweis im Konkursgesetz, dass das Privileg sowohl dem Verkäufer einer beweglichen als auch einer unbeweglichen Sache zusteht, ein historischer Fehler behoben. Denn nach altem Recht war dem Verkäufer einer Immobilie das Privileg vorenthalten, obwohl Art. 1922 Nr. 1 CC für den Verkäufer einer beweglichen Sache ein Vorzugsrecht vorsah.

5. Würdigung

Die in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC genannten Fällen weisen einige Gemeinsamkeiten auf. Die folgenden Ausführungen gelten deshalb nicht nur für den Eigentumsvorbehalt, sondern auch für den Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung und das Finanzierungsleasing (im Einzelnen vgl. auch in diesem Kapitel C. und D.).

Angesichts Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ist klar, dass sowohl beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt als auch beim Finanzierungsleasing oder in den anderen Fällen, auf die sich Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC bezieht, der Verkäufer oder der Finanzierungsleasinggeber ein besonderes Privileg an der Sache genießt, auf die sich der jeweilige Vertrag bezieht. Daher sehen die Inhaber dieser Forderungen ihr Recht auf Wiedererlangung der Sache in ein Forderungsrecht verwandelt, das sie im Konkurs anmelden müssen und durch den, bei der Verwertung der Sache erzielten Erlös, zu befriedigen haben. Gegebenenfalls ist der Vertrag auch auf Betreiben der Konkursverwaltung in den vom Gesetz vorgegeben Bestimmungen aufrechtzuerhalten, oder es muss sich für eine der im Gesetz vorgesehenen Lösungen entschieden werden. Ein Problem ergibt sich jedoch dann, wenn der Käufer vor Konkurseröffnung nicht erfüllt hat und der Verkäufer eine Klage auf Wiedererlangung der unter einem eingetragenen Eigentumsvorbehalt verkauften Immobilie eingereicht hat. Die Konkurseröffnung hat die Aussetzung dieser Klage zur Folge (Art. 56 Abs. 2 LC). Wie die Vollstreckung aus einer Hypothek kann die Klage vor dem Konkursrichter erst dann fortgeführt werden, wenn ein Vergleich zustande gekommen ist oder die Liquidation eröffnet wurde (Art. 56 Abs. 2 und 1 LC) bzw. ein Jahr seit Konkurseröffnung

³⁸⁸ Vgl. hierzu Garrido, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1628.

³⁸⁹ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 198.

vergangen ist. Dies führt unvermeidlich dazu, dass den Gläubigern zwei unterschiedliche Lösungswege zur Auswahl stehen. Sie können entweder die Klage auf Wiedererlangung der Sache weiterverfolgen oder aber ihre Forderung als besonders privilegierte Forderung im Konkurs anmelden und in diesem Fall ihre Befriedigung durch den in der Versteigerung oder im direkten Verkauf der Sache erzielten Erlös erreichen.

Dieses Ergebnis ist in der spanischen Lehre nicht unbedingt auf Zuspruch gestoßen. Es wird als befremdlich erachtet³⁹⁰, da jene Gläubiger durch diese Regelung letztlich stärker bevorzugt werden als nach der alten Rechtslage, indem ihnen nunmehr erlaubt wird, zwischen der Sache oder der Befriedigung aufgrund der Privilegierung ihrer Forderungen zu wählen. Für ein solches Geschenk, das den in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC genannten vertraglichen Gläubigern im Konkurs zuteil wird, sei kein Grund ersichtlich³⁹¹. Denn diese verfügen – wie aufgezeigt – ebenfalls über Klagen zur Wiedererlangung der Sache, die nunmehr in Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC geregelt sind. Zurückzuführen sei dies letztlich auf die vom Gesetzgeber angestrebte völlige Gleichstellung der über ein Eigentumsrecht verfügenden Gläubiger mit den dinglich gesicherten Gläubigern. Jedoch sei hierbei übersehen worden, dass sich die Klagen, zu deren Ausübung sie jeweils berechtigt sind, voneinander unterscheiden³⁹². Struktur und Technik des Eigentumsvorbehalts und der auflösenden Bedingung seien von denen dinglicher Immobiliarsicherheiten zu trennen, auch wenn diese Klauseln wirtschaftlich in ähnlicher Form verwendet werden³⁹³.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Privileg nur an einer Sache des Schuldners ausgeübt werden kann. Der Verkäufer, der einen Eigentumsvorbehalt vereinbart hat, ist aber Eigentümer der verkauften Sache, auf der das Privileg ruht. Da der Schuldner kein Eigentümer ist, befindet sich die Sache auch nicht in dessen Vermögen. Die jetzige Regelung des spanischen Gesetzes überzeugt daher nicht, wenn der Verkäufer der Immobilie nicht nur Eigentümer der Sache ist, sondern auch noch über ein besonderes Privileg an derselben

³⁹⁰ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 377; Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 90, S. 1627. Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 200 sieht keinen Sinn darin, vom Verkäufer den Eigentumsvorbehalt als Sicherheit zur Ausübung des Vorzugsrechts zu verlangen. Das Erfordernis, einen Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, hätte nur dann Sinn, wenn ein Dritter den Kaufvertrag finanziert.

³⁹¹ Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales*, Bd. II, S. 411 Fn. 31, hat darauf hingewiesen, dass es kein Hindernis für den Verkäufer mit ausdrücklicher auflösender Bedingung gibt, die direkte Befriedigung des gestundeten Kaufpreises mit einer Hypothek an derselben Sache, die der Bedingung unterliegt, abzusichern. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 531 Fn. 83, sieht den Leasinggeber ebenso wenig daran gehindert, die Befriedigung seiner unbezahlten Quoten durch eine Hypothek an den Rechten des Nutzungsberechtigten aus dem Leasingvertrag selbst abzusichern (nicht nur mit den Rechten aus einem anderen Vertrag, was eine Voraussetzung darstellt, die von der RDGRN bejaht wurde, RDGRN 26.10.1998).

³⁹² Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 377.

³⁹³ Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 90, S. 1628.

Sache verfügt. Der Gesetzgeber ordnet den Eigentumsvorbehalt nicht richtig ein. Er hätte besser differenzieren und auf die Privilegierung in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC verzichten sollen.

Bedenkt man dann noch die in *D.F. trigésima tercera* LC angekündigte Reform zur Rangfolge der Forderungen in der Einzelzwangsvollstreckung (vgl. hierzu im 3. Kapitel A.I. und im 7. Kapitel A.I.E.II)³⁹⁴, ist unschwer vorstellbar, wie stark die Hypothek als Sicherheit ins Hintertreffen geraten könnte, wenn den Immobilienverkäufern dort ebenfalls ein solches Privileg zugebilligt würde.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass der spanische Gesetzgeber mit der jetzigen Regelung den Inhabern atypischer Privilegierungsgründe die Wahl einräumt³⁹⁵, ob sie im Konkurs des Schuldners als Eigentümer oder als besonders privilegierter Gläubiger auftreten wollen. Vom Willen des Gläubigers hängt somit ab, ob ihm Eigentumsvorbehalt, Verfügungsverbot oder auflösende Bedingung an der Immobilie als besonderes Privileg dienen. Er trifft die Entscheidung, ob er die Forderung im Konkurs anmeldet, oder ob er sich auf das Eigentum an der Sache beruft.

III. Konkurs des Vorbehaltsverkäufers

Im Konkurs des Verkäufers, der unter Eigentumsvorbehalt verkauft hat, handelt es sich um einen von der Erfüllung abhängigen Vertrag, wenn der Verkäufer zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist. Der Vertrag unterliegt daher Art. 61 Abs. 2 LC (trotz der Regelung in Art. 201 Abs. 2 LC für den Konkurs mit internationalem Bezug)³⁹⁶. Obliegt der Verkäufer hingegen nicht dieser Verpflichtung, ist der Vertrag von diesem bereits erfüllt worden, liegt ein Fall von Art. 61 Abs. 1 LC vor. Nur wenn der Käufer die ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt, kann der Verkäufer als Konkurschuldner mit Genehmigung der Konkursverwaltung oder diese selbst im Falle der Befugnisaussetzung die entsprechenden Klagen erheben, um die Sache, die sich im Besitz des Käufers befindet, wiederzuerlangen (Art. 54 LC) oder aus der Sicherheit zu vollstrecken, wenn der Eigentumsvorbehalt als Sicherheit errichtet wurde³⁹⁷.

³⁹⁴ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 531.

³⁹⁵ Vgl. Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1627.

³⁹⁶ Anderer Auffassung ist hier Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 140, 142, der davon ausgeht, dass bei einem Konkurs, egal welcher Vertragsteil Konkurschuldner ist, der Vertrag in der Regel durch den Verkäufer erfüllt und durch den Käufer vollständig oder teilweise nicht erfüllt ist, so dass Art. 61 Abs. 2 S. 3 LC keine Anwendung findet.

³⁹⁷ Martínez Flórez, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I., Art. 61, S. 1137; Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 135.

Dem Käufer steht kein besonderes Privileg nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC zu, da dieses nur dem Vorbehaltsverkäufer zuerkannt wird. Der Käufer kann seine Leistung als Gläubiger daher nur als normale Konkursforderung zurückfordern, wenn er diese bereits bewirkt hat, der Konkursschuldner vor Konkurseröffnung aber nicht geleistet hat. Kommt es indes nach Konkurseröffnung zur Nichterfüllung, stellt der Anspruch des Gläubigers eine Masseverbindlichkeit dar (Art. 62 Abs. 4 S. 2 LC). Der Gläubiger kann Schadensersatz verlangen, je nach Sachlage als Konkursforderung oder als Masseverbindlichkeit³⁹⁸.

Vor Inkrafttreten der *Ley Concursal* erachtete es die spanische Lehre als ungerecht, wenn in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers die *par conditio creditorum* für den Vorbehaltskäufer gegolten hätte³⁹⁹. Die herrschende Meinung gewährte dem Käufer daher ein Aussonderungsrecht, wenn er den Kaufpreis später zahlte⁴⁰⁰. Hierzu wurde Art. 16 Abs. 5 S. 2 *Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles* (LVPBM)⁴⁰¹ für bewegliche Sachen analog herangezogen: Wurde der Käufer insolvent, gehörte die Sache nicht zur Insolvenzmasse, es sei denn, der Käufer hatte bereits den vollständigen Preis gezahlt. Letztlich bedeutete dies, dass die Sache im Konkurs des Verkäufers nicht zur Konkursmasse gehörte. Der Käufer war dazu berechtigt, den Kaufpreis vollständig zu zahlen und Eigentümer zu werden – auch wenn ein Anwartschaftsrecht in der spanischen Lehre keine Anerkennung gefunden hat⁴⁰².

Aus diesem Grunde lässt sich auch beim neuen spanischen Konkursrecht schlussfolgern, dass der Käufer im Falle der vollständigen Erfüllung durch den Verkäufer die Raten einfach weiterzahlt, um das Eigentum an der Sache zu erwerben⁴⁰³. Begründen lässt sich dies zum einen damit, dass der insolvent gewordene Verkäufer bereits seine Leistung vollständig erbracht hat, so dass ein Vertrag, der von der Konkursverwaltung aufgelöst werden könnte, fehlt. Zum anderen kann dieses Ergebnis darauf gestützt werden, dass der Eigentumserwerb des Käufers keine noch ausstehende Schuld des insolventen Verkäufers darstellt, sondern ein konkursfester Vorgang ist – unabhängig davon, ob der Vertrag von einer gleichzeitigen Erfüllung abhängt.

³⁹⁸ Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 77.

³⁹⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, La cláusula de reserva de dominio, 1971, S. 121 ff.

⁴⁰⁰ Lobato García-Miján, La reserva de dominio en la quiebra, 1997, S. 71; Egusquiza Balsameda, RCDI 1991, S. 9 ff.; Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 136.

⁴⁰¹ *Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles* de 17 de julio de 1965 (BOE Nr. 173, vom 21. Juli 1965); Gesetzesänderung: 28/1998, Ley de 13 de julio de 1998 (BOE vom 14. Juli 1998, 23510) – Gesetz über den Ratenverkauf von beweglichen Sachen (Abzahlungsgesetz)

⁴⁰² Vgl. hierzu die Ausführungen bei Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 137; Velencoso Martínez, NZI 2004, S. 72, 77.

⁴⁰³ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 136.

IV. Exkurs: Verfügungsverbot (*prohibición de disponer*)

In Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC wird auch den Forderungen mit Verfügungsverbot (*prohibición de disponer*) ein besonderes Privileg verliehen, wodurch sie den Forderungen mit auflösender Bedingung gleichgestellt werden⁴⁰⁴. Ein Verfügungsverbot bewirkt, dass der Käufer die Sache nicht an einen Dritten übertragen kann, wenn er den vereinbarten Preis noch nicht gezahlt hat. Es muss sich hierbei jedoch um ein Verfügungsverbot handeln, das den spezialgesetzlichen Voraussetzungen und Formalitäten gerecht wird (Art. 90 Abs. 2 LC). Die Bezugnahme des Konkursgesetzes auf das Verfügungsverbot scheint sich daher, nur auf den Ratenverkauf beweglicher Sachen anwenden zu lassen. Denn bei Immobilien sind die entgeltlichen Verfügungsverbote nicht eintragbar (Art. 27 LH)⁴⁰⁵. Ein Verfügungsverbot vertraglichen Ursprungs ist daher durch eine Hypothek oder andere Form von dinglicher Sicherheit abzusichern (Art. 27 LH)⁴⁰⁶. Verfügungs- oder Veräußerungsverbote entfalten bei Immobilien nur dann Wirkung, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (Art. 26 Nr. 1 LH), einer gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Entscheidung entspringen (Art. 26 Nr. 2 LH) oder unentgeltlichen Ursprungs sind, wobei letztere eintragbar sind (Art. 26 Nr. 3 LH). Gesetzliche Verfügungsverbote sind von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC nicht umfasst. Gerichtliche Verfügungsverbote, die im Register als Vormerkungen aufgenommen werden (Art. 26 Nr. 2 und Art. 42 Nr. 4 LH), bewirken die Nichtverfügbarkeit und Rangsicherung⁴⁰⁷, so dass die Verfügung unwirksam ist und die Sache nicht zur Aktivmasse des Schuldners gehört⁴⁰⁸. Im Falle der Unentgeltlichkeit können Verfügungsverbote eine Forderung absichern, etwa die Zahlung einer Leibrente, die Gegenleistung der Schenkung ist. Da durch diese Verfügungsverbote nicht verhindert werden kann, dass die belasteten Sachen Dritten gegenüber für die Schulden des Inhabers haften⁴⁰⁹, erweisen sich diese im Konkurs des Inhabers als in keiner Weise einwendbar. Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC lindert daher die Situation des Begünstigten⁴¹⁰. Die Sache wird in der Regel in die Konkursmasse aufgenommen. Der Inhaber ist zwar nicht zur abgesonderten Vollstreckung

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 162 f.

⁴⁰⁵ Bei Mobilien sind grundsätzlich alle verborgenen nicht eingetragenen oder besitzlosen Lasten unwirksam, vgl. auch Art. 7 Abs. 10 Ley 28/1998.

⁴⁰⁶ *Garrido*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1627.

⁴⁰⁷ Es sei denn, es handelt sich um die sonderbare Vormerkung des Verfügungsverbots, auf das sich Art. 137 Abs. 2 LC bezieht.

⁴⁰⁸ Art. 145 RH. Vgl. auch *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. VI, S. 474 f.; *Gómez Gállego*, Las prohibiciones de disponer en el Derecho español, S. 205 ff. Die in Art. 71 LH enthaltene Ablehnung der Wirkung der Rangsicherung findet auf Verfügungsverbote keine Anwendung, *Lacruz/Sancho*, Derecho Inmobiliario Registral, 1984, S. 232.

⁴⁰⁹ RDGRN 22.2.1989, CCJC 20 (1989) § 513, kommentiert von *Capilla Roncero*.

⁴¹⁰ So *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 163, der davon ausgeht, dass der Gesetzgeber diese Wirkung nicht beabsichtigte („*es seguro que el legislador concursal – incapaz de tan sagaz previsión – no lo hizo por esta causa*“).

nach Art. 56 LC berechtigt, kann seine Forderung an der entsprechenden Immobilie aber nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC privilegiert befriedigen⁴¹¹.

C. Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung in der Insolvenz

Auf die insolvenzrechtliche Behandlung des Grundstücksverkaufs unter auflösender Bedingung wurde bereits beim Eigentumsvorbehalt an Immobilien kurz eingegangen. Die sich in der Insolvenz ergebenden Parallelen sind auf die ähnliche Funktionsweise der beiden Rechtsinstitute zurückzuführen. Beim Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung kommt es zur Auflösung des Vertrages, wenn der Käufer seine Verpflichtung nicht erfüllt und den Kaufpreis nicht zahlt. Die Vertragsparteien haben sich die Leistungen gegenseitig zurückzuerstaten, so dass der Verkäufer das Eigentum an der Immobilie wiedererlangt (Art. 11 LH)⁴¹².

Die Behandlung des Grundstücksverkaufs unter auflösender Bedingung lässt sich im Konkursgesetz vornehmlich auf zwei Vorschriften stützen: Zum einen auf Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC, der die Ausübung des Rechts zur Rückabwicklung eines Grundstücksverkaufs mangels Zahlung des gestundeten Kaufpreises erwähnt und somit einer Aussetzung unterwirft. Zum anderen richtet sich die Handhabung des Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 a.E. LC, wo er als Grund für ein besonderes Privileg bei der Befriedigung aufgenommen worden ist⁴¹³.

I. Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung (*Venta de inmuebles con condición resolutoria*)

Der Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung (*venta de inmuebles con condición resolutoria* oder *pacto resolutorio*) ermöglicht dem Verkäufer eines Grundstücks, sein Vorleistungsrisiko abzusichern. Nach Art. 1504 CC kann ausdrücklich vereinbart werden, dass der Grundstücksverkauf unter der auflösenden Bedingung steht, dass der Kaufpreis nicht vollständig gezahlt wird. Diese Bedingung kann nach Art. 59, 175 RH und Art. 11 LH im Grundbuch eingetragen werden, so dass sie dem Veräußerer dinglichen Schutz gewährt und gegen-

⁴¹¹ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 163.

⁴¹² Garrido, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1627.

⁴¹³ In der Literatur wird sogar zum Teil vertreten, dass die auflösende Bedingung die einzig wahre Möglichkeit des Immobilienverkäufers zur Absicherung seines Verkaufs sein soll, wenn man Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC korrekt auslegen wolle. So Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 200.

über Dritterwerbenden geltend gemacht werden kann⁴¹⁴. Fehlt die Eintragung der Bedingtheit des Verkaufs, muss sie sich ein gutgläubiger Dritter nicht entgegenhalten lassen⁴¹⁵. Die auflösende Bedingtheit des Grundstücksverkaufs hat mithin weit reichende Folgen, weshalb einige Stimmen hierin eine erlaubte Verfallsklausel sehen⁴¹⁶. Strittig sind zum einen das Verhältnis von Art. 1504 CC zu Art. 1124 CC, der ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung bestimmt, und zum anderen die Voraussetzungen von Art. 1504 CC⁴¹⁷. Im Vergleich zu Art. 1124 CC ist die Bestimmung in Art. 1504 CC jedoch weitergehend⁴¹⁸. Neben der Eintragung der auflösenden Bedingung bedarf es der Registrierung eines vereinbarten Verfallspfandes. Hierunter ist ein bestimmter Betrag zu verstehen, der beim Rücktritt als eine Art Vertragsstrafe verfällt. Da sich hierdurch der Kaufpreis mindert, der Dritterwerbenden zur Entschädigung dient, muss das Verfallspfand eingetragen werden⁴¹⁹. Zahlt der Käufer den Kaufpreis schuldhaft⁴²⁰ nicht fristgerecht, kann der Verkäufer gerichtlich oder mit notarieller Aufforderung die Auflösung des Kaufvertrages fordern. Der Begriff der schuldhaften Nichterfüllung ist hierbei weit gefasst, so dass ein Schuldner dann nicht schuldhaft handelt, wenn er den Kaufpreis aus unbeherrschbaren Gründen nicht zahlen konnte⁴²¹. Hat der Verkäufer sämtliche vom Käufer erhaltenen Beträge gerichtlich hinterlegt, wird die Eintragung des Käufers und etwaiger Dritterwerber gelöscht und der Verkäufer wieder als Eigentümer eingetragen⁴²². Kommt es zum Streit zwischen den Parteien hinsichtlich der Auflösbarkeit des Vertrages, entscheidet der Richter⁴²³. Behauptet der Käufer, vertragsgemäß erfüllt zu haben, muss der Verkäufer eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen⁴²⁴. Diese ist

⁴¹⁴ *Rodríguez García*, La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos, S. 318 f.; *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. III, S. 442; *Torrente García de la Mata*, La condición resolutoria y el registro de la propiedad, S. 381, 413; *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 170 f.

⁴¹⁵ STS 6.6.1995 (ARJ 1995, 5054).

⁴¹⁶ Beschluss der DGRN 16.9.1987 (ARJ 1987, 6566); *Grube*, RIW 1992, S. 887, 889; *Durán Rivacoba*, Estudios sobre ejecución universal, S. 4, 15; *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. III, S. 421; a.A. *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho civil, Bd. III.2, S. 290.

⁴¹⁷ Vgl. etwa *Torrente García de la Mata*, La evolución del derecho registral en los últimos cincuenta años, S. 381 ff.; *Rovira Jaen*, El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles; STS 30.4.1991 (ARJ 1991, 3112), Art. 1504 CC als Spezialtatbestand zur allgemeinen Regel des Art. 1124 CC.

⁴¹⁸ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 171.

⁴¹⁹ RDGRN 4.5.1992 (ARJ 1992, 4835) u. 6.7.1992 (ARJ 1992, 6521): der von der Verfallsklausel betroffene Teil des Kaufpreises muss ebenso gerichtlich hinterlegt werden; *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. III, S. 434.

⁴²⁰ Bloße Nichtleistung genügt nicht, vgl. SSTS 8.2.1996 (ARJ 1996, 1346); 14.10.1994 (ARJ 1994, 7553); 11. Mai 1991 (ARJ 1991, 2206) u. 11.3.1991 (ARJ 1991, 2206).

⁴²¹ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 171.

⁴²² Beschluss der DGRN 4.5.1992 (ARJ 1992, 4835); *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. II, S. 434. Die Hinterlegung ist nur für die Wiedereintragung des Verkäufers nicht aber für das gerichtliche Verfahren erforderlich.

⁴²³ *Rodríguez García*, La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos, S. 350; *Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. II, S. 651.

⁴²⁴ Vgl. u.a. den Beschluss der DGRN 29.12.1982 (ARJ 1982, 8066); STS 17.9.1985 (ARJ 1985, 4274); *Rodríguez García*, La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos, S. 161,

zwar nur von deklaratorischer Bedeutung⁴²⁵, für die Umschreibung des Registers jedoch notwendig. Hierin zeigt sich auch der große Nachteil dieser Sicherungsform⁴²⁶, denn die Vorlage der Leistungsaufforderung durch den Verkäufer ist weder zur Umschreibung des Titels noch zur Herbeiführung der Inbesitznahme der Sache ausreichend.

II. Konkursrechtliche Neuqualifizierung der auflösenden Bedingung

1. Neuheiten des Konkursgesetzes

Auflösungsklagen von Grundstücksverkäufen, die auf die ausbleibende Zahlung des gestundeten Kaufpreises gestützt werden, sind nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC den Vollstreckungsklagen aus dinglichen Sicherheiten gleichgestellt worden⁴²⁷, auch wenn sie aus einer im Grundbuch eingetragenen ausdrücklichen Bedingungen hervorgehen (Art. 11 LH und Art. 1504 CC). Derartige Klagen werden ausgesetzt, wenn sie sich auf Sachen beziehen, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit oder einer Produktionseinheit des Konkursschuldners betroffen sind. Damit wird die auflösende Bedingung einer echten dinglichen Sicherheit angenähert⁴²⁸. Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC bezieht sich auf die Auflösung von Immobilienverkäufen mangels Zahlung des gestundeten Kaufpreises, auch wenn sie sich aus im Grundbuch eingetragenen ausdrücklichen Bedingungen ergeben. Die Bedingung „auch wenn“ (*aunque*) ist in diesem Fall nicht ausschließend, sondern einbeziehend zu verstehen. Denkbar wäre deshalb, dass von der Vorschrift auch Auflösungsklagen erfasst sind, die nicht ausdrücklich vereinbart oder nicht eingetragen worden sind⁴²⁹. Dies ließe sich auf Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC stützen, der den Forderungen, die aus Verträgen hervorgehen, die durch eine auflösende Bedingung abgesichert sind, ein besonderes Privileg bei der Befriedigung gewährt, ohne dass hierbei deren Eintragung gefordert wird. Art. 90 Abs. 2 LC stellt jedoch klar, dass dieses Privileg nur dann existiert, wenn die jeweilige Sicherheit entsprechend den spezialgesetzlichen Voraussetzungen und Formalitäten geschaffen wurde, um Dritten gegenüber einwendbar zu sein. Die Bedingung muss daher in einer öffentlichen Urkunde ausdrücklich vereinbart und im Eigentumsre-

322 mit ausführlicher Auswertung der Rechtsprechung des TS; unklar *Roca Sastre/Roca-Sastre Munucill*, *Derecho Hipotecario*, Bd. III, S. 430 ff., 445 (*“efectos ex tunc”* mit notarieller Zahlungsaufforderung).

⁴²⁵ SSTS 20.2.1995 (ARJ 1995, 884) u. 9.3.1989 (ARJ 1989, 2029).

⁴²⁶ *Hellmich*, *Kreditsicherungsrechte*, S. 172.

⁴²⁷ Ein guter Teil des Ursprungs dieser überraschenden Angleichung ist auf die zuvor bestehende Lehre zurückzuführen, die die explizite auflösende Bedingung berechtigterweise nicht als Forderungsabsicherung einstufte, sondern als dingliches Sicherungsrecht (*ius distrahendi*) sah. Vgl. etwa *Peña*, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Bd. II, S. 371. Ausschlaggebend mag auch die Anerkennung der Wirkungen der auflösenden Bedingung im Konkurs (*quiebra*) des Käufers durch die Rechtsprechung gewesen sein, die vertrat, dass diesem ein unwiderruflicher Rechtsanspruch fehle, um die Sache in der Konkursmasse zurückzubehalten. Vgl. SSAP Barcelona 16.4.1994 (RGD 1994, S. 11441 ff.; Zaragoza 10.4.1995 (RGD 1996, S. 14400 ff.).

⁴²⁸ Mit näherer Begründung hierzu *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 202.

⁴²⁹ Art. 11 LH verhindert auflösende Bedingungen, die zwar eingetragen aber nicht ausdrücklich sind, verbietet aber nicht die umgekehrte Situation.

gister eingetragen sein (Art. 11 LH)⁴³⁰. Unterschieden werden muss, ob zur Erhebung der Auflösungsklage Dritten gegenüber eine ausdrückliche auflösende Bedingung und deren Eintragung im Grundbuch notwendig sind, oder ob die eingetragene Stundung der Zahlung von dem Gläubiger ignoriert werden kann, gegenüber dem ein einfaches Privileg eingewendet werden soll. In letzterem Fall wird der Verkäufer nicht verlangen, dass seinem Vermögen das Eigentum an der Sache, die ein Dritter vom Schuldner erworben hat, zugeführt wird, sondern die bevorrechtigte Zahlung fordern. Das Privileg ist somit darauf beschränkt, dass die privilegierten Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern ihres Käufers bevorzugt mit dem Wert der verkauften Immobilie befriedigt werden. Ihr Forderungsrecht muss hierfür aber im Grundbuch nach Art. 10 LH eingetragen sein⁴³¹.

Neben dem Verkäufer wird nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC auch dem Finanzier ein besonderes Privileg eingeräumt, wenn der Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung abgeschlossen wurde. Der Darlehensgeber kann als Finanzträger in die vom Verkäufer erhobenen Klagen eintreten. Seine bloße Existenz legt offen, dass die Forderung des Verkäufers durch einen Dritten befriedigt wurde und nicht erloschen ist. Da der Finanzträger die Forderung, einschließlich des Privileges, erwirbt, handelt es sich um eine abändernde Schuldersetzung in der Person des Gläubigers⁴³².

2. Vollstreckung von nicht eingetragenen auflösenden Bedingungen

Der offensichtliche Widerspruch zwischen Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC und Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC führt zu dem Schluss, dass die nicht im Register eingetragene auflösende Bedingung an Immobilien kein besonderes Privileg bei der Befriedigung verleiht, da Art. 90 Abs. 2 LC dies verhindert. Gleichzeitig aber hat sie Zugang zu einer abgesonderten Befriedigung, unterliegt hierbei aber den Beschränkungen des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC, wenn sie Sachen erfasst, die vom Betrieb betroffen sind. Alternativ könnte man aber auch davon ausgehen, dass ausdrückliche, nicht eingetragene auflösende Bedingungen keinen Zugang zu einer abgesonderten Vollstreckung nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC haben. Folglich könnte angenommen werden, dass

⁴³⁰ Zum Ablauf vgl. *Peña Bernaldo de Quirós*, *Derechos reales*, Bd. II, S. 416 f.; ebenso *Carrasco Perera*, *Los Derechos de garantía*, S. 185. Eine andere Auslegung von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC hinsichtlich der zu erfüllenden Formalitäten beim Grundstücksverkauf unter auflösender Bedingung im Vergleich zum Finanzierungsleasing erwägt *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 201. Die am Ende der Vorschrift geforderten Voraussetzungen seien hiernach nur bei einem Finanzträger anzuwenden. Der Verkäufer der Immobilie erfülle die Formerfordernisse hingegen, indem er nach Art. 10 LH sowie die Form, in der die Zahlung erfolgt oder vereinbart wurde, in der Eintragung aufgeführt sind. Art. 11 LH sei hierbei kein Hindernis, wenn der Verkäufer bestätige, dass die Stundung keine negativen Folgen für Dritte habe.

⁴³¹ Vgl. *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 201.

⁴³² *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 202.

solche auflösenden Bedingungen entweder überhaupt nicht im Konkurs einwendbar sind⁴³³, oder aber nach dem Wortlaut von Art. 1227 CC eingewendet werden können, dann aber nur als reines Recht auf Trennung des Eigentums ohne Vollstreckungsmöglichkeit⁴³⁴.

Nahe liegend erscheint, dass die Anforderungen für ein Privileg bei der Befriedigung mit den Voraussetzungen für ein Recht auf (teilweise) abgesonderte Befriedigung übereinstimmen. Damit verdient ein nicht eingetragenes Immobilienrecht unter keinen Umständen eine bessere konkursrechtliche Behandlung als ein eingetragenes Recht. Folglich genießen nur die eingetragenen auflösenden Bedingungen an Immobilien ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung nach Art. 56 LC. Die nicht eingetragenen auflösenden Bedingungen sind im Konkurs gänzlich uneinwendbar, auch wenn ihr Datum Dritten gegenüber nach Art. 1227 CC bewiesen werden kann. Ihre Konkursfestigkeit⁴³⁵ unterscheidet sich deshalb nicht von der, die ihnen durch die Auflösungsmöglichkeit nach Art. 1124 CC und Art. 62 LC zuteil wird.

III. Vertragliche Auflösung und Zwangsvollstreckung

1. Widersprüche bei der konkursrechtlichen Neuqualifizierung

Bei Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC werden Klagen, die auf die Rückgabe einer Immobilie gerichtet sind, die unter einer auflösenden Bedingung verkauft wurde, als Vollstreckung aus einer dinglichen Sicherheit qualifiziert bzw. dieser angeglichen. Bei Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC wird hingegen der von einem derart „gesicherten“ Verkäufer geltend gemachte Anspruch als Befriedigungsanspruch mit einem *ius distrahendi* an der Sache gesehen. Beide Assimilationen sind überraschend, da in Spanien bislang nicht daran gezweifelt wurde, dass die Forderung des Verkäufers nicht der Ausübung eines *ius distrahendi*, sondern der Wiedererlangung des Eigentums *ex lege commissoria* entspricht, gegebenenfalls auch durch die Eintragung der Sache im Namen desjenigen, der die Auflösung betreibt (Art. 11, 37 Nr. 1 LH, Art. 175 Abs. 6 RH)⁴³⁶. Ferner stimmt die prozessuale Behandlung dieser Klage im Konkurs nicht mit der einer Vollstreckungsklage im eigentlichen Sinne überein. Denn die Auflösung ist durch eine Feststellungsklage zu betreiben. Wird die Klage nach Konkurseröffnung erhoben, entspricht das Verfahren dem eines Konkurszwischenverfahrens. Kommt es bereits davor zur Klageerhebung, wird das Verfahren in einem ordentlichen oder mündlichen Verfahren geführt. Wird die im entsprechenden mündlichen Verfahren des Art. 194 LC gefällte Entscheidung vollstreckt,

⁴³³ Es sei denn der Gläubiger hat diese vor dem Konkurs ausgeübt und hat die Sache wiedererlangt oder hat die Sache unter seinem Namen wieder eintragen lassen oder hat ein Urteil in diesem Sinne erzielt.

⁴³⁴ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 186.

⁴³⁵ Hierzu auch Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 186.

⁴³⁶ Verwiesen werden kann hier auf die Fülle von Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Auflösungsbefugnis des Art. 1504 CC.

handelt es sich um eine ordentliche Vollstreckung (aufgrund eines gerichtlichen Titels)⁴³⁷, nicht aber um eine Vollstreckung, die auf einen außergerichtlichen Titel gestützt wird, der ein besonderes *ius distrahendi* beinhaltet.

2. *Ius distrahendi* und dingliche Wiedererlangung

Es stellt sich die Frage, ob die Konkursaussichten des Verkäufers, der Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC unterworfen ist, geschmälert werden. Die Antwort hierauf muss relativ ausfallen, da eine Nichterfüllung vor Konkurseröffnung bewirkt, dass die Auflösungsbefugnis nach Konkurseröffnung nicht mehr ausgeübt werden kann (Art. 62 Abs. 1 LC). Selbst eine nachträgliche Nichterfüllung würde den Vertrag nach Art. 62 Abs. 3 LC unberührt lassen. Folglich existiert keine Klage, die von Art. 56 LC ausgesetzt und nach Art. 57 LC verbunden werden könnte⁴³⁸. Kam es bereits vor Konkurseröffnung zur Nichterfüllung, setzt sich diese in der Regel auch nach Konkurseröffnung fort, was eine Auflösung ermöglicht. Da die Wirkung der Auflösung sachenrechtliche Bedeutung hat und der Rückerstattungsanspruch der verkauften Sache konkursfest ist, und nicht nur eine einfache Forderung darstellt, die den Konkursregeln unterliegt, ist die Folge des Art. 56 LC für den Verkäufer schwerwiegend⁴³⁹. Ein Verkäufer, der eine Lösung nach Art. 61 und 62 LC hätte herbeiführen und im Konkurszwischenverfahren seinen Auflösungsanspruch mit der akzessorischen Folge einer *seperatio ex iure domini* hätte verbinden können, sieht sich mit der Klageaussetzung konfrontiert. Diese Klagen haben keinen echten vollstreckungsrechtlichen Charakter, weshalb sie im Konkurszwischenverfahren verhandelt werden könnten und darüber hinaus nicht in der von Art. 57 LC vorgesehen „unechten“ Form verbunden werden müssten. Einerseits wird ein solcher Verkäufer durch die teilweise Gewährung eines abgesonderten Vollstreckungsweges nach Art. 56 LC in keiner Weise begünstigt. Andererseits erlauben jedoch Art. 56 und 57 LC – im Gegensatz zu Art. 62 Abs. 1 LC –, dass „Vollstreckungsverfahren“ zur Wiedererlangung der Sache betrieben werden können, die nach Konkurseröffnung auf eine auflösende Bedingung gestützt werden. Der Verkäufer erscheint begünstigt. Fraglich ist allerdings, ob sich der Verkäufer in dieser Hinsicht auch auf eine vor dem Konkurs liegende Nichterfüllung berufen kann⁴⁴⁰. Noch außergewöhnlicher ist, dass die Auflösung bereits vor Konkurseröffnung erklärt⁴⁴¹ und sogar die entsprechende Klage davor erhoben worden sein kann. Wegen der außergerichtlichen Wirkung der Auflösungserklärung fehlt dem Käufer somit bereits vor dem Konkurs ein Titel, der der Masse er-

⁴³⁷ Vgl. hierzu bei Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 82, 187.

⁴³⁸ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 187.

⁴³⁹ So Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 187 f.

⁴⁴⁰ In diesem Punkt ablehnend Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 188.

⁴⁴¹ Als Voraussetzung von Art. 1504 CC.

lauben würde, ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Aussonderungsrecht des Verkäufers nach Art. 80 LC geltend zu machen. Eine Klage, die vor Konkurseröffnung erhoben wurde, wird trotzdem ausgesetzt. Wurde die Klage nach Konkurseröffnung eingelegt, die außergerichtliche Auflösung aber davor erklärt, kann der Verkäufer – wie beim Eigentumsvorbehalt und beim Finanzierungsleasing – diese rechtliche Auflösung im Wege des Konkurszwischenverfahrens fordern, selbst wenn vor Konkurseröffnung nicht erfüllt wurde⁴⁴². Nicht entscheidend ist, ob die Auflösung im Wege einer persönlichen Auflösungsklage, einer persönlichen Feststellungsklage mit auflösender Wirkung, einer außergerichtlichen Aufforderung oder im Wege einer dinglichen Herausgabeklage mit einem „verbundenen“ Antrag (Art. 38 LH) auf „Nichtigkeit“ im weiteren Sinne des Besitztitels des Käufers oder des Konkurses betrieben wird. Ebenso wenig ist maßgeblich, ob die vom insolvent gewordenen Schuldner gehaltene Sache im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (erneut) in fremdem Eigentum steht, sofern die gerichtliche Anerkennung der Auflösung noch nicht vorliegt. Ist die Eintragung nach Art. 24 LC erfolgt, sind dem Grundbuchbeamten keine Schranken auferlegt, die Immobilie wieder auf den Namen des Verkäufers einzutragen⁴⁴³. Denn die Wirkung der Registersperre betrifft nur spätere Pfändungen.

3. Wirkungen des Art. 56 LC auf die Auflösung des Art. 62 LC

Folgende Konstellationen⁴⁴⁴ können beim Grundstücksvertrag unter auflösender Bedingung hinsichtlich Art. 56 LC und Art. 62 LC festgehalten werden:

- Wurde die auflösende Bedingung vor Konkurseröffnung durch eine Aufforderung geltend gemacht, die entsprechende Klage aber nicht erhoben, ist die gerichtliche Auflösungsklage im Konkurszwischenverfahren nach Konkurseröffnung auch wegen der davor erfolgten Nichterfüllung zu erheben. Sie ist von den „verbundenen“ Klagen nach Art. 57 LC unabhängig.
- Wurde die entsprechende Klage erhoben, hat der Verkäufer die Auflösung aber nicht erklärt und ist der Konkurs eröffnet worden, wird die Klage nach Art. 56, 57 LC ausgesetzt.
- Wurde die auflösende Bedingung nicht vor Konkurseröffnung ausgeübt, nicht einmal durch eine außergerichtliche Auflösungsaufforderung, kann nach Konkurseröffnung keine gerichtli-

⁴⁴² In der Rechtsprechung und Literatur zur alten Rechtslage wurde die Frage anders gelöst. Wenn der Verkäufer die verkaufte Sache als seine, als fremdes Eigentum der Masse oder vom vorübergehend zahlungsunfähigen Schuldner zurückfordern konnte und wurde die Bedingung vor dem Konkurs geltend gemacht, fiel die Antwort mehrheitlich positiv aus. Vgl. SSTS 5. November 1997 (RJ 1979, 3823) u. 20. Februar 1995 (RJ 1995, 884); *Lobato García-Miján*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 339; *Martínez Florez*, Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra, S. 116 f. A.A. *Finez Ratón*, Los efectos de la quiebra sobre los contratos bilaterales, S. 307 f.

⁴⁴³ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 188 f.

⁴⁴⁴ Hierzu insbesondere auch *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 189.

che Klage betrieben werden, nicht einmal innerhalb der Fristen und Formen der Art. 56, 57 LC. Denn die Auflösung bezieht sich auf Verpflichtungen, die vor Konkursöffnung nicht erfüllt worden sind. Eine derartige Auflösung ist dem Gläubiger aber nach Art. 62 Abs. 1 LC verboten, unabhängig davon, ob die auflösende Bedingung ausdrücklich vereinbart worden ist oder nicht. Wird in dieser Konstellation auch nach Konkursöffnung nicht erfüllt, kann der Gläubiger im Konkurszwischenverfahren auflösen. Er ist hierbei nicht an die Fristen und Bedingungen des Art. 57 LC gebunden, da erst nach Konkursöffnung nicht erfüllt worden ist. Auch der Verkäufer ohne ausdrückliche auflösende Bedingung kann in diesem Fall auflösen.

4. Entscheidungsmöglichkeiten des Verkäufers

Die Wirkungen des Art. 56 LC greifen selbst dann, wenn der Verkäufer nicht in das verkaufte Grundstück „vollstrecken“ will, sondern es durch die Ausübung der Auflösung „wiedererlangen“ möchte. Dass der Verkäufer seine Forderung durch das Grundstück realisieren kann, ist ohne Zweifel Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC zu entnehmen, andernfalls wäre das besondere Privileg bei der Befriedigung nicht zu erklären. Darüber hinaus erstreckt sich dieses Privileg auf jede Sache, die einer auflösenden Bedingung unterliegt, nicht nur auf die von Art. 56 Abs. 1 LC erfassten Sachen, die vom Unternehmen des Konkursschuldners betroffen sind. Es liegt selbstverständlich auf der Hand, dass der Verkäufer statt einer Auflösung die Erfüllung beanspruchen kann. Das Außergewöhnliche hieran ist, dass er dies selbst durch eine Auflösungsklage und nicht durch eine Erfüllungsklage tun kann⁴⁴⁵. Erhebt er eine Erfüllungsklage, scheint es sogar, dass er das besondere Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC nicht genießt. Denn das Privileg beruht nicht auf dem Umstand, dass der Verkäufer unbezahlt bleibt, sondern hängt von der Ausübung der auflösenden Bedingung ab. Letztlich wirkt das Privileg aber wie eine Erfüllungsklage. Man könnte daher annehmen, dass der Verkäufer, der über eine auflösende Bedingung verfügt und seine Forderung dennoch durch die Sache befriedigen will und die Vollstreckung verlangt, das Privileg nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC zwar nicht verliert, eine abgesonderte Vollstreckung nach Art. 56 LC aber nicht betreiben kann⁴⁴⁶.

Zu diesem Ergebnis gelangt man bei einer nur wörtlichen Auslegung von Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC. Dies hätte die Anwendung der Grundregel des Art. 55 LC auf eine derartige Vollstreckung zur Folge. Allerdings ist bei der Auslegung von Art. 56 Abs. 1 LC nicht allein der Wortlaut maßgeblich und an diesem haften zu bleiben – was bereits beim Eigentumsvorbehalt aufgezeigt wurde (vgl. in diesem Kapitel B.II.1.). Art. 56 Abs. 1 LC ist weit auszulegen und

⁴⁴⁵ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 189.

⁴⁴⁶ Vertreten von Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 190.

nicht an Satz 2, der nur beispielhaft aufzählt, festzumachen. Deshalb sind jede Art von Klagen, die auf die Wiedererlangung oder die Rückgabe der Sache, aber auch auf die Vollstreckung in die Sache abzielen, von Art. 56 LC erfasst (vgl. auch in diesem Kapitel B.I.)⁴⁴⁷. Art. 55 LC ist nicht anzuwenden, da er in seinem Abs. 4 selbst auf die speziellere Regelung in Art. 56 LC verweist.

Daneben stellt sich die Frage, was geschieht, wenn der Verkäufer, der eine auflösende Bedingung vereinbart hat, nicht auflöst, sondern seine Forderung für die bevorzugte Befriedigung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC anmeldet. Denkbar ist, dass der Verkäufer außerhalb des Konkurses ein ordentliches Vollstreckungsverfahren in die verkaufte Sache angestrengt hat, auch wenn er weiß, dass er außerhalb des Konkurses nicht das Privileg bei der Befriedigung nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC genießt, und über die entsprechende Auflösungsklage verfügt⁴⁴⁸. Bei seiner Entscheidung muss der Verkäufer zudem berücksichtigen, dass sich im Falle der Vollstreckung in die Sache das besondere Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC auf die noch offenen Raten des Kaufvertrages beschränkt⁴⁴⁹, sich aber nicht auf die anderen Erstattungs- oder Entschädigungsansprüche, die ihm zustehen können, erstreckt.

5. Auflösende Bedingung und Aussonderungsrecht ex iure domini

Der Verkäufer, der unter einer ausdrücklich auflösenden Bedingung verkauft hat, kann sein Aussonderungsrecht aus Art. 80 LC nur dann ausüben, wenn er die Klage vor dem Konkurs erhoben hat und das Grundstück vor Konkurseröffnung wieder auf seinen Namen eingetragen worden ist oder ein rechtskräftiges Urteil hierzu ergangen ist. Anderenfalls kann die Auflösungsklage nicht die Wirkung des Art. 80 LC hervorrufen. Wurde also nur die gerichtliche Auflösungsklage vor Konkurseröffnung erhoben, wird sie nach Art. 56 und 57 LC ausgesetzt, ohne dass der Gläubiger ein Konkurszwischenverfahren wieder aufnehmen kann, damit dort sein Aussonderungsrechts als Eigentümer anerkannt wird. Wurde die Auflösungsklage nicht eingelegt, ist der Eintritt der Bedingungen von Art. 62 Abs. 1 LC abzuwarten. Wenn dies geschehen ist und gegebenenfalls das entsprechende Konkurszwischenverfahren läuft, erlangt der Gläubiger die Sache aufgrund der Auflösungswirkung wieder und nicht etwa aufgrund des konkursrechtlichen Anspruchs nach Art. 80 LC⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ In diese Richtung tendiert auch *Fajardo*, in: *Cordón Moreno*, Comentarios a la Ley Concursal, Art. 56, 57, S. 453.

⁴⁴⁸ Jedoch außerhalb des Verfahrens der Drittwiderspruchsklage, in der er selbst Vollstreckungsgläubiger ist.

⁴⁴⁹ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 190.

⁴⁵⁰ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 191.

6. Nicht betroffene Sachen

Das Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC erstreckt sich auch auf die nicht von einem Wirtschaftsbetrieb betroffenen Immobilien. Anders liegt der Fall dagegen bei Art. 56 LC. Ähnlich wie bei anderen Konstellationen ist daher unklar, was dies genau für den Verkäufer bedeutet, d.h. ob es von Vor- oder Nachteil ist. Der Ausschluss von Art. 56 LC kann entweder bedeuten, dass der Verkäufer sein Auflösungsrecht trotz des Konkurses normal ausüben kann, oder aber, dass er dies in keiner Weise tun darf. Letzteres wäre unsinnig, da ein Verkäufer mit einer Bedingung an nicht betroffenen Sachen per definitionem nicht schlechter behandelt werden darf als ein Verkäufer mit einer Bedingung an betroffenen Sachen. In diesem Fall kann daher nur auf das Recht außerhalb des Konkurses verwiesen und erklärt werden, dass es aufgrund des Konkurses keine Änderungen erfährt⁴⁵¹. Schwierig dürfte jedoch sein, wie diese allgemeinen Regeln mit dem prozess- und materiellrechtlichen Schema der LC zu verbinden sind, da Art. 62 und 61 LC ihre Anwendbarkeit nicht daran festmachen, ob es sich um eine betroffene Sachen handelt. Aus diesem Grund gestaltet sich die Lage wie folgt:

- Ist ein rechtskräftiges Urteil, das die Auflösung feststellt, vor Konkursbeginn vorhanden oder ergeht es während des Konkurses (vielleicht in Verbindung mit dem Konkursverfahren, Art. 51, 53 LC), hat der Verkäufer ein Aussonderungsrecht nach Art. 80 LC.
- Dieses Aussonderungsrecht ist keine „Vollstreckung“ i.S.v. Art. 55 LC, so dass es zu keiner Aussetzung kommt. Vielmehr handelt es sich um eine Urteilsvollstreckung, die im Konkurs eingewendet werden kann⁴⁵².
- Nach dem Konkurs kann der Verkäufer die Konkursverwaltung benachrichtigen, dass er das Auflösungsrecht ausübt, um das Grundstück zurück zu erhalten. Erkennt die Konkursverwaltung dieses Recht nicht an, ist das Konkurszwischenverfahren zur Anerkennung dieses Aussonderungsrecht zulässig.

⁴⁵¹ Vgl. hierzu *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 191.

⁴⁵² Unter den in Art. 55 LC genannten „Vollstreckungen“ sind weder alle Urteilsvollstreckungen, noch alle Vollstreckungsverfahren zu verstehen, sondern nur solche Vollstreckungsverfahren und Urteilsvollstreckungen, die die Zahlung einer bestimmten Geldsumme anordnen. Es ist offensichtlich, dass eine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung nicht vertretbarer Sachen, von Handlungen oder von Unterlassungen, nicht ausgesetzt werden kann. Nach Art. 53 LC behandelt der Konkursrichter die rechtskräftigen Urteile und Schiedssprüche „entsprechend konkursrechtlich“. Eine spezifische konkursrechtliche Behandlung ist aber nur dann „entsprechend“, wenn es sich um ein Urteil handelt, das zu einer Geldsumme verurteilt. Gleiches gilt hinsichtlich der Feststellungsklagen, wozu auch die vertragliche Auflösung zählt, auf die sich Art. 51 LC bezieht. Diese Feststellungsverfahren werden bis zur Rechtskraft der Urteile fortgeführt, entweder durch das zuständige Gerichtsorgan, oder durch den Konkursrichter, wenn es zu einer Verbindung kommt. Das Urteil wird dann nach der „entsprechenden konkursrechtlichen Behandlung“ vollstreckt. Da es sich hier aber nicht um ein Urteil handelt, das zur Zahlung von Geld verurteilt, ist für dies Art von Urteilen keine eigene konkursrechtliche Behandlung vorhanden. Vgl. hierzu auch *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 192.

- Dieses Recht wird jedoch in Form der Auflösung ausgeübt. Die Auflösung kann für nach Konkursöffnung erfolgte Nichterfüllungen geltend gemacht werden. In diesem Fall bewirkt sie dasselbe wie ein Aussonderungsrecht oder wie ein Auflösungszwischenverfahren, weil die Folge immer die Rückgabe des Grundstücks an den Verkäufer ist.
- Wurde vor Konkursöffnung nicht erfüllt, kann der Verkäufer nach dem Konkurs nicht die entsprechende Auflösungsklage über die nicht betroffene Sache erheben.
- Hat er aber außergerichtlich sein Auflösungsrecht ausgeübt, kann er dies tun, weil die außergerichtliche Auflösungserklärung wirksam ist.

7. Prozessuale Verbindung der Auflösung

Die Klage zur Auflösung des Immobilienverkaufs wegen fehlender Zahlung wird in jeder Hinsicht an die Wahrnehmung einer Sicherheit durch eine Urteilsvollstreckung, bei der das *ius distrahendi* geltend gemacht wird, angeglichen. Die Verhandlung in einem getrennten Verfahren nach Art. 57 Abs. 1 LC bereitet keine besonderen Koordinationsprobleme zwischen der Gesamtliquidation und der individuellen Auflösung. Ebenso wenig problematisch ist auch die „Verbindung in einem getrennten Verfahren“ von Art. 57 Abs. 3 a.E. LC⁴⁵³. Weniger klar ist hingegen die Aufnahme des Auflösungsverfahrens in die Gesamtliquidation nach Art. 57 Abs. 3 S. 1 LC. Denn der Gläubiger, der die Auflösung betreibt, kann seine Forderung nicht durch die Sache begleichen, sondern muss die Aussonderung der Immobilie im Konkurs fordern. Wird die Sache aber nicht „liquidiert“, kann es keine Verbindung durch Aufnahme (ohne „getrenntes Verfahren“) im Gesamtliquidationsverfahren geben. Denn diese „Vollstreckung“ ist keine Vollstreckung im eigentlichen Sinne, sondern eine Auflösung. Soweit der Verkäufer nicht in die Sache vollstrecken will, muss er stets in einem Konkurszwischenverfahren vorgehen, sei es, ob er die Klage in einem getrennten Verfahren des Konkurses betreibt, oder, ob die Klage durch Aufnahme in die Gesamtliquidation verbunden wird. Wird die Auflösungsklage nach Konkursöffnung erhoben, kommt es stets zu einem „getrennten Verfahren“. Eben jenes getrennte Verfahren ist das Konkurszwischenverfahren selbst, wenn der Verkäufer nicht in die Sache vollstrecken, sondern die Immobilie wiedererlangen will. Wird die Auflösungsklage wieder aufgenommen, werden die Prozesshandlungen an die Normen des entsprechenden Gerichtsverfahrens angepasst. Dieses ist aber weder das

⁴⁵³ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 192.

Konkurszwischenverfahren, noch das allgemeine oder besondere Vollstreckungsverfahren der LEC, sondern das ordentliche oder mündliche Verfahren, das vor dem Konkurs bestand⁴⁵⁴.

8. Würdigung

Von der Mehrzahl der spanischen Autoren wird die Angleichung der auflösenden Bedingung an die dinglichen Sicherheiten durch Art. 56 LC und die Privilegierung in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ähnlich beurteilt wie die insolvenzrechtliche Behandlung von Eigentumsvorbehalt oder Finanzierungsleasing im Konkurs. Der spanische Gesetzgeber wird deshalb in der Literatur sogar als „Zauberlehrling“ („*aprendiz de brujo*“)⁴⁵⁵ bezeichnet, da ihm vorgeworfen wird, dass er widerstreitende Kräfte entfache, die er nicht kontrollieren könne.

In der Tat wirft die neue Einordnung der auflösenden Bedingung eine Reihe von Fragen auf. Ungewiss ist etwa, was mit Auflösungsklagen wegen Nichterfüllung anderer Verpflichtungen geschieht, die keine Kaufpreiszahlungen sind. Teilweise wird es als ungerecht empfunden, wenn auch diese Verpflichtungen von Art. 56 LC erfasst würden, da sich diese Gläubiger nicht einmal mit einem besonderen Privileg nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC trösten könnten⁴⁵⁶. Dennoch verlangt die weite Auslegung von Art. 56 LC (vgl. hierzu auch in diesem Kapitel B.I.), dass auch solche auflösende Bedingungen Art. 56 LC unterworfen sind. Daher sind selbst solche nicht erfüllten Verpflichtungen erfasst, die sich nicht aus einem Kaufvertrag herleiten⁴⁵⁷. Würde man jedoch Art. 56 LC eng auslegen, blieben freilich einige Fragen unbeantwortet⁴⁵⁸. Geht man aber von einer weiten Auslegung dieser Vorschrift aus, ist auch der Tauschpartner erfasst, der das Eigentum des Baugrundes unter einer auflösenden Bedingung der Übergabe der künftigen Wohnungen und Geschäftsräume überlassen hat (Art. 1541 CC). Ebenso ist derjenige Art. 56 LC unterworfen, der das Eigentum an seiner Immobilie unter auflösender Bedingung übertragen hat, so dass der Erwerber ihm (entgeltlich oder unentgeltlich) für einige Jahre einen Rentenausgleich zahlt. Darüber hinaus ist auch derjenige erfasst, der das Eigentum durch Lebensversicherung, Unterhalt oder Leibrente (1802 CC) übertragen hat⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 193.

⁴⁵⁵ Von einem „*nuevo aprendiz de brujo*“ spricht Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 190.

⁴⁵⁶ In diese Richtung argumentiert Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 190.

⁴⁵⁷ Sánchez-Rus/Sánchez-Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Art. 56, S. 1047.

⁴⁵⁸ Diese Fragen lässt Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 190, 191, offen, der meint, dass es bei dem heutigen Entwicklungsstand des spanischen Konkursrechts in dieser Hinsicht und unter Berücksichtigung der von der DGRN auferlegten sonderbaren und unbegründeten Beschränkungen der Ausdehnung von Art. 11 LH klüger sei, keine Antwort auf diese Frage zu geben.

⁴⁵⁹ Sánchez-Rus/Sánchez-Rus, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Art. 56, S. 1047.

Zudem stellt sich die Frage, warum das Privileg von der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, eines Verfügungsverbotes oder eines Eigentumsvorbehalts abhängig gemacht wurde⁴⁶⁰. Schwer verständlich ist, dass der Finanzträger auch in diese Rechte eintritt. Denn die auflösende Bedingung ist kein dingliches oder der Forderung anhängendes Recht, das damit übertragen werden könnte. Ebenso wenig kann durch die einfache Abtretung des Vorbehalts durch den Verkäufer das Eigentum übertragen werden. Vermutlich wird mit der Vorschrift die Abhängigkeit des Privileges von der Existenz einer Sicherheit angestrebt. Verhindert werden soll hierdurch die Übertragung der Sache an einen gutgläubigen Dritten. Auf diese Weise wird das Privileg an die wirksame Begründung dieser Sicherheiten geknüpft, so dass die registerrechtliche Publizität die Ausübung des Vorzugsrechts Dritten gegenüber absichert. Letztlich kann der Finanzträger die Klagen des Verkäufers aufgrund der Einsetzung betreiben, wenn der Käufer an einen Dritten verkauft, obwohl ein Veräußerungsverbot, eine auflösende Bedingung oder Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde. Er kann aber auch sein Vorzugsrecht gegen jeglichen Erwerber der finanzierten Sache geltend machen.

Es wurde ein neuer Bevorrechtigungsgrund geschaffen, der sich von Privileg und Hypothek unterscheidet. Das Vorzugsrecht wird an gewisse Voraussetzungen geknüpft, ohne hierbei dingliche Sicherungsrechte oder echte dingliche Rechte zu begründen. Letztlich erscheint dieser Grund der Bevorzugung als *tertium genus*, da nicht verneint werden kann, dass eine Art fiduziarische Sicherungsfunktion übernommen wird und aufgrund der registerrechtlichen Publizität Dritten gegenüber Wirkung entfaltet. Art. 155 Abs. 3 LC scheint die Hybridnatur dieser Sicherheit zu bestätigen. Denn hinsichtlich der Befriedigung besonders privilegierter Forderungen ist dort geregelt, dass die Befriedigung aus einer Sache, die mit mehr als einer privilegierten Forderung belastet ist, der zeitlichen Priorität entsprechend erfolgt. Diese ergibt sich für jede Forderung aus der Erfüllung der gesetzlich jeweils besonders geregelten Voraussetzungen und Formalitäten für ihre Einwendbarkeit gegenüber Dritten. Folglich gilt hier nicht die eigene Regelung der Privilegien, die eine Befriedigung nach der Qualität der Forderung wäre, sondern die besondere Regelung für Hypotheken (*prior tempore potior iure*), die der ältesten den Vorzug gibt. Die Einräumung des Privileges nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC erfordert nicht nur die Eintragung der Sicherheit, sondern auch die Eintragung des Darlehens mit allen Daten⁴⁶¹, die zur Einwendbarkeit gegenüber Dritten erforderlichen sind.

⁴⁶⁰ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 202.

⁴⁶¹ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 203.

Im spanischen Recht scheint sich daher, die bereits in den Nachbarländern – wie Frankreich und Italien⁴⁶² – geführte Debatte über die persönliche oder dingliche Natur bestimmter besonderer Privilegien zu wiederholen. Die Rangfolge der besonderen Privilegien des Konkursgesetzes richtet sich nunmehr nach ihrem Alter. Die alte Regel, Hypotheken vor Privilegien zu befriedigen⁴⁶³, wird hiermit gebrochen. Die Eintragungspflicht der Sicherheiten des Art. 90 Abs. 2 LC lässt eine Tendenz zur Dinglichkeit erkennen.

D. Immobilienleasing in der Insolvenz

Innerhalb des Finanzierungsleasings (*arrendamiento financiero*)⁴⁶⁴ spielt das Immobilienleasing in Spanien eine eher untergeordnete Rolle. Von größerer wirtschaftlicher Bedeutung ist das Finanzierungsleasing beweglicher Sachen. Die insolvenzrechtliche Behandlung beider Arten des Finanzierungsleasings verläuft weitgehend parallel, auch wenn sich beim Immobilienleasing einige Probleme ergeben, die beim Finanzierungsleasing beweglicher Sachen nicht auftreten. Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt beim Immobilienleasing.

I. Immobilienleasing (*leasing inmobiliario*)

Erstmals gesetzlich geregelt wurde das Immobilienleasing (*leasing inmobiliario*) in Spanien durch das *Real Decreto 1669/1980*. In bestimmten Fällen findet seitdem das RDL 15/1977 auch auf diese Form des Leasings Anwendung⁴⁶⁵. Für das Immobilienleasing ist eine Mindestlaufzeit von zehn Jahren vorgeschrieben (*D.A. Séptima* Abs. 2 S. 1 LDIEC⁴⁶⁶). Bei den hier geleasteten Sachen, hauptsächlich Grundstücken, ist nur eine Nutzung zu gewerblichen Zwecken zulässig. Bei Wohngebäuden ist somit ein Finanzierungsleasing nur dann möglich, wenn der Leasingnehmer den Wohnraum zur Gewinnerzielung weitervermietet⁴⁶⁷. Verträge, in denen sich eine Leasinggesellschaft zur Errichtung eines Hauses nach Wünschen des Leasing-

⁴⁶² Hierzu ebenso *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 203 f., die die Situation in Frankreich (Art. 2095 Code) und Italien aufzeigt (auch mit Nachweisen zur französischen und italienischen Literatur zu dieser Problematik). Die besonderen Privilegien an Immobilien werden in beiden Ländern im Grundbuch eingetragen.

⁴⁶³ *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 204.

⁴⁶⁴ Vgl. hierzu allgemein *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“.

⁴⁶⁵ *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, S. 210 f. Vgl. dazu in der spanischen Literatur auch *Amorós Guardiola*, RCDI 1985, S. 863 ff.; *Benavides del Rey*, RCDI 1983, S. 1171 ff.; *Bernaldez Bernaldez*, RGD 1993, S. 6867 ff.; *Cabanillas Sánchez*, Leasing inmobiliario, S. 3921 f.; *Diez Montero*, RCDI 1984, S. 153 ff.; *García Solé*, AC 1994, S. 133 ff.; *Martín Bernal*, AC 1986, S. 459 ff.; *Rodríguez Martínez*, AAMN XXVII (1987), S. 85 ff.; *Verdú Díaz*, Leasing, S. 93 ff.; *Zayas Sanza*, RJC 1983, S. 217 ff.

⁴⁶⁶ *Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

⁴⁶⁷ *Rueda Pérez*, Aspectos, S. 96 u. 99.

nehmers verpflichtet (Bruttolasing), werden in Spanien *leasing de construcción* genannt⁴⁶⁸. Dennoch ist die Rechtslage beim Immobilienleasing nicht ganz eindeutig. Ausschlaggebendes Kriterium für die Einordnung als Leasingvertrag ist die Einräumung einer Kaufoption für den Leasingnehmer am Ende der Laufzeit⁴⁶⁹. Die Eintragung der leasingtypischen Kombination von Mietvertrag und Erwerbsoption in das Grundbuch ist nach Art. 2, 5 LH, 13 RH und Art. 14 RH möglich⁴⁷⁰. Die Rechtstellung des Leasingnehmers ist eine quasidingliche (Art. 106 LH). Das Recht aus dem Leasingvertrag kann deshalb mit einer Hypothek zur Sicherung von Ansprüchen aus anderen Verträgen belastet werden⁴⁷¹. Leasingverträge über Immobilien fallen nicht wie bewegliche Sachen unter das Abzahlungsgesetz, so dass besondere Verwertungsregelungen fehlen. Der Leasinggeber kann daher direkt aus dem Eigentum vorgehen und die Herausgabe des Grundstücks fordern⁴⁷².

Die Bestimmung der Rechtsnatur des Leasings und seine Unterscheidung vom Abzahlungsverkauf unter Eigentumsvorbehalt gehört zu den umstrittensten Fragen in der spanischen Zivilrechtsprechung⁴⁷³. Beim derzeitigen Stand der spanischen Rechtsprechung wird fast einvernehmlich von einem Eigentumsrecht ausgegangen, das dem Finanzierungsleasinggeber zusteht, zumindest in den Fällen, in denen durch den Vertrag ein Eigentumsvorbehalt nicht „vorgetäuscht“ wird⁴⁷⁴. Die Rechtsprechung stützt sich in ihrer Argumentation auf drei Gründe: Erstens sei das Finanzierungsleasing ein besonderer Vertrag, der sich vom Ratenkauf unterscheidet, es sei denn, ein Kaufvertrag soll simuliert werden. Zweitens würden mit den je-

⁴⁶⁸ Leible, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, S. 211.

⁴⁶⁹ Beschlüsse der DGRN 12.5.1994 (ARJ 1994, 4086) u. 21.6.1994 (ARJ 1994, 4918); Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho civil, Bd. II.2, S. 412.

⁴⁷⁰ Beschluss der DGRN 26.10.1998 (BOE Nr. 277 vom 19.11.1998); Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho civil, Bd. II.2, 1995, S. 412; Roca Sastre/Roca-Sastre Munucill, Derecho Hipotecario, Bd. V, S. 646. Zuvor waren etliche grundbuchrechtliche Fragen unklar, vgl. Manzano Solano, Inscripción, S. 175 ff.; Torrero Muñoz, RGD 1995, S. 4721 ff.; DGRN 12.5.1994 (ARJ 1994, 4086) = La Ley 1994-3, S. 757 ff. mit Kommentar von García García, RGD 1995, S. 1645 ff.; DGRN 21.6.1994 (ARJ 1994, 4918).

⁴⁷¹ Beschluss der DGRN 26.10.1998 (BOE Nr. 277 vom 19.11.1998).

⁴⁷² STS 17.3.1998 (ARJ 1988, 1351); Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 179, 180.

⁴⁷³ Sánchez Lorenzo, Garantías reales en el comercio internacional, S. 226 ff.; Alfaro, in: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Bd. III, S. 3920. Eine Analyse der unterschiedlichen Ansichten und Theorien beim Leasing findet sich bei González Castilla, Leasing financiero, S. 156 ff. Umfassend auch Leible, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, S. 229 ff., 244 ff. Knapp und mit Bezug zum Konkursgesetz Sastre Papiol, zu Art. 90 LC, in: Sagrera Tizón/Sala Reixachs/Ferrer Barriendos, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. II, S. 1110 ff.

⁴⁷⁴ Zur umfänglich Rechtsprechung vgl. Marín López, CCJC, 63 (2003) § 1693; Ureña Martínez, Tercerías de dominio y tercerías de mejor derecho en el contrato de leasing, S. 29 ff.; Bercovitz Rodríguez-Cano, in: Nieto Carol/Muñoz Cervera, Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. II, S. 385 ff.; Parra Lucán, CCJC, 46 (1998) § 1260, und CCJC 50 (1999) § 1372. Die gegenwärtige Rechtsprechung ist jedoch uneinheitlich, vgl. hierzu etwa SSTS 30.12.2003 (ARJ 2003, 9000) und vom selben Datum, 30.12.2003 (ARJ 2004, 362), weshalb an der Gültigkeit dieser Rechtsprechung Zweifel aufkommen.

weiligen Rechtsgeschäften unterschiedliche wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Drittens offenbare ein äußerst niedriger Kaufoptionsbetrag nicht bereits einen Täuschungswillen⁴⁷⁵.

II. Finanzierungsleasing als dingliche Sicherheit

1. Wiedererlangung der Immobilie als Vollstreckung einer dinglichen Sicherheit ?

Von der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC sind ebenfalls Klagen zur Wiedererlangung von Sachen erfasst, die aufgrund eines Finanzierungsleasings überlassen wurden, das in einer vollstreckbaren Urkunde errichtet (Art. 517 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 LEC) oder im Mobiliarregister⁴⁷⁶ eingetragen ist⁴⁷⁷. Die geleasten Sachen müssen jedoch von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners betroffen sein. Andernfalls findet Art. 56 LC keine Anwendung. Die Wiederbeschaffungsklage wird demnach als „Vollstreckung“ und der Leasingvertrag als „dingliche Sicherheit“ verstanden. Demgegenüber verleiht Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC dem Finanzgeber bei der Eintreibung der Finanzierungsleasingraten ein besonderes Privileg⁴⁷⁸. Der zwischen diesen beiden Normen bestehende Widerspruch ist offensichtlich. Er tritt hier jedoch noch stärker hervor als beim Eigentumsvorbehalt. Denn in Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC wird eine Auflösungsklage „vollstreckt“ und „ausgesetzt“, während in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC ein Vollstreckungstitel vorrangig behandelt wird, der die Anordnung der Vollstreckung ermöglicht, mit deren Erlös die geschuldete Summe beglichen werden soll⁴⁷⁹.

Hinsichtlich des Immobilienleasings bereitet der Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC ähnliche Probleme wie beim Eigentumsvorbehalt an Immobilien. Die Vorschrift spricht auch beim Finanzierungsleasing von einer Eintragung in das „besagte“ (*referido*) Register, womit das in dieser Norm genannte Mobiliarregister (*Registro de bienes muebles*) gemeint ist. Ausdrücklich wird daher nur eine Eintragung im Mobiliarregister gefordert, woraus geschlossen wer-

⁴⁷⁵ STS 23.1 2004 (ARJ 2004, 208) mit weiteren Nachweisen. Ist dagegen gar keine Summe vereinbart worden oder hat der Schuldner gezahlt oder sich dazu verpflichtet, kann von einer Täuschung ausgegangen werden, so der TS in seiner Entscheidung vom 16.3.2004 (ARJ 2004, 3406).

⁴⁷⁶ *Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, vgl. Disposición Adicional Primera Ley 28/1998. In dieser Hinsicht wird das Finanzierungsleasing an beweglichen Sachen den im Mobiliarregister eingetragenen Kaufverträgen angeglichen.

⁴⁷⁷ Keine dieser beiden Anforderungen sind jedoch Voraussetzungen für die allgemeine Gültigkeit des Vertrages und dessen Wirksamkeit *erga omnes*, vorbehaltlich der Anwendung der allgemeinen Regeln zum Schutz Dritter. Vgl. Art. 15 D.A. *Primera Ley 28/1998*, der eine Eintragung des Finanzierungsleasing im Mobiliarregister für dessen Wirksamkeit nicht verlangt. Hinsichtlich des prozessrechtlichen Privilegs fordert Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC hingegen die Eintragung im Mobiliarregister. An letzterem dürfte sich Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC orientiert haben. Die beiden zuerst genannten Vorschriften beziehen sich dabei nur auf Leasing von beweglichen Gegenständen.

⁴⁷⁸ Zum wenig geglückten Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC und den daraus möglicherweise resultierenden Missverständnissen vgl. die Ausführungen zum Eigentumsvorbehalt in diesem Kapitel unter B.II.1.

⁴⁷⁹ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 165 f.

den könnte, dass von der Vollstreckungsaussetzung nur Finanzierungsleasing beweglicher Sachen erfasst sein soll. Andernfalls, so könnte argumentiert werden, hätte der Gesetzgeber die Eintragung in das „entsprechende“ (*correspondiente*) Register fordern müssen⁴⁸⁰.

Ausgehend von der grammatikalischen Auslegung wäre daher eine Klage zur Wiedererlangung einer Immobilie, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurde, nicht von Art. 56 Abs. 1 S. 2, 3. Alt. LC erfasst. Wie aber bereits beim Eigentumsvorbehalt aufgezeigt (vgl. in diesem Kapitel B.II.), ist Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC nur als Spezifizierung⁴⁸¹ der Grundregel im ersten Satz der Vorschrift zu verstehen. Art 56 Abs. 1 S. 1 LC ist daher hinsichtlich seiner Rechtsfolge – der Vollstreckungsaussetzung – weit auszulegen. Denn wenn Art. 56 Abs. 1 LC bereits den Gläubigern, die von der Rechtsordnung stark geschützt werden, eine nachteilige Rechtsfolge zumutet, so muss dies *a fortiori* ebenso für die anderen Gläubiger gelten, deren Recht weniger schützenswert ist, da diese nicht besser behandelt werden dürfen. Art. 56 LC findet daher auch auf diese Anwendung. Mithin ist von Art. 56 LC auch der Finanzierungsleasinggeber einer Immobilie⁴⁸² – unabhängig von der Eintragung des Immobilienleasings – erfasst.

2. Geltendmachung der Forderung und Ausübung des Eigentumsrechts

Wie bereits erwähnt, genießt der Finanzierungsleasinggeber nunmehr erstmals ein besonderes Privileg bei der Eintreibung seiner Ratenforderungen an der geleaste Sache, sei dies nun eine bewegliche oder unbewegliche Sache (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC). Vor Inkrafttreten des Konkursgesetzes sahen Rechtsprechung⁴⁸³ und Literatur in Spanien aber einen Widerspruch zwischen Leasing als Recht zur Eigentumswiedererlangung und als Recht zur Eintreibung der fälligen Beträge des Finanzierungsvertrages. Geht man also davon aus, dass Leasing, das zur Einforderung der geschuldeten Beträge herangezogen wird, den Verlust des Eigentumsrechts als Sicherheit für den Leasinggeber bedeutet, stellt sich die Frage, was genau in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC geschützt ist. Schließlich war für die Rechtsprechung kein Grund für eine Privilegierung der Befriedigung ersichtlich, wenn erst einmal auf die Möglichkeit, die geleaste Sache wiederzuerlangen, „verzichtet“ worden war⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Den Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC insofern nicht richtig beachtend *Palomar Olmeda*, Comentarios a la legislación Concursal, Art. 56, S. 563, der vom „registro correspondiente“ spricht, sich aber nicht dazu äußert, ob damit auch die Eintragung im Grundbuch erfasst sein sollen, d.h. Immobilienleasing.

⁴⁸¹ *Sánchez Rus/Sánchez Ruz*, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 56, S. 1047.

⁴⁸² Ebenfalls dieser Ansicht: *Fajardo*, in: *Cordón Morena*, Comentarios a la Ley Concursal, Art. 56, 57, S. 453.

⁴⁸³ Vgl. hierzu etwa SAP Madrid 3.5.2001 (JUR 2001, 232152); STS 28.12.2000 (ARJ 2001, 712) u. SAP Alicante 6.7.2000 (JUR 2000, 294589).

⁴⁸⁴ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 171.

3. Immobilienleasing von betroffenen und nicht betroffenen Sachen

Der Regelung in Art 56 Abs. 1 LC ist nur ein solches Finanzierungsleasing unterworfen, das an Sachen besteht, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkurschuldners betroffen sind. Daher sind die übrigen Leasingverträge – über nicht betroffene bewegliche und unbewegliche Sachen – in keinerlei Weise von der Aussetzungsregel berührt. Sie werden dennoch indirekt vom Konkursgesetz erfasst, da das von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC verliehene Privileg nicht auf das Leasing beschränkt ist, das Art. 56 LC unterliegt. Denn auch bei Verträgen, die nicht von Art. 56 LC erfasst sind, wird vorausgesetzt, dass der Leasinggeber eine Befriedigungsmöglichkeit an der Sache selbst hat⁴⁸⁵. Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers *ex iure domini* ist nunmehr ein vertragliches Auflösungsrecht, das sich nach der Regelung der Art. 61, 62 LC richtet. Somit besteht zwar ein besonderes Privileg bei der Befriedigung im Konkurs, es existiert aber kein anderer Weg der „Vollstreckung“ als die der Auflösung nach Art. 62 LC im Konkurszwischenverfahren. Hierauf finden Art. 56, 57 LC keine Anwendung. Für den Finanzierungsleasinggeber ist dies an und für sich kein schlechtes Szenario. Denn wie jeder Leasinggeber kann er sich auf Art. 62 LC stützen und in einem Konkurszwischenverfahren eine Auflösungsklage erheben⁴⁸⁶, ohne der Aussetzung des Art. 56 LC oder der „Verbindung“ des Art. 57 LC unterworfen zu sein.

4. Finanzierungsleasing und Eigentum

Das Finanzierungsleasing hält eine weitere Facette bereit, der das Konkursgesetz keinerlei Beachtung schenkt. Gemeint ist das Finanzierungsleasing als Eigentum, das der Masse nicht angehört⁴⁸⁷. Zweifellos kann die Eigentumsfrage unter diesem Aspekt in einem Konkurszwischenverfahren geklärt werden, in dem die Grenzen des Aussonderungsrechts (Art. 80 LC) ausgelotet werden. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Aussonderung ebenso der Aussetzung des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC unterliegt. Sicherlich handelt es sich um eine Klage zur Wiedererlangung des Besitzes und setzt zudem eine vorherige Auflösung des Finanzierungsvertrages

⁴⁸⁵ Was hingegen den Überlegungen des Gesetzgebers der Ley 28/1998, die sich im Übrigen nur auf Finanzierungsleasing von beweglichen Sachen bezieht, fremd war. Aufgrund des Konkursgesetzes gelten nun auch nicht mehr die Verweisungen auf Art. 22 LSP sowie *D.A. Primera* Abs. 5 Ley 28/1998, der die Sachen aus der Masse ausschloss, bzw. Art. 918 CCom, der ein Aussonderungsrecht verlieh.

⁴⁸⁶ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 172.

⁴⁸⁷ Nach der alten Rechtslage verlieh Ley 28/1998 dem Leasinggeber von beweglichen Sachen ein Recht auf Aussonderung des Eigentums. Die Sachen gehörten nicht zur Masse, sondern wurden dem Leasinggeber nach gerichtlicher Anerkennung seines Rechts ausgehändigt. Auch in der *suspensión de pagos* wurde dem Leasinggeber die Stellung eines Gläubigers zugestanden, der Eigentümer der Sache ist. Hinsichtlich des Immobilienleasings existierte keine eigene Regelung. Der Leasinggeber konnte hier jedoch als Eigentümer die Sache nach den allgemeinen Regeln aussondern.

voraus⁴⁸⁸. Die Einwendbarkeit des Finanzierungsleasings im Konkurs (die Konkursmasse ist kein geschützter Dritter) erfordert nicht, dass dieser in einer Urkunde mit beweiskräftigem Datum festgehalten ist und dass die Privaturkunde Dritten gegenüber einwendbar ist⁴⁸⁹. Darüber hinaus ist vorstellbar, dass der Finanzierungsleasinggeber dieses Rechtsmittel dazu nutzen könnte, um die Aussetzung der Klage nach Art. 56 LC zu vermeiden. Dem Leasinggeber stehen somit zwei Wege⁴⁹⁰ offen: Er kann wählen, ob er die Sache durch eine Herausgabeklage oder aber aufgrund einer Auflösungsklage wiedererlangen möchte.

5. Recht auf abgesonderte Vollstreckung im Konkurs?

Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC schafft *ex novo* ein besonderes konkursrechtliches Privileg, um die Einziehung der Amortisierungsraten zu schützen⁴⁹¹. Das Privileg wird jedoch nur verliehen, wenn die Sicherheit entsprechend der spezialgesetzlich vorgesehenen Erfordernisse und Formalitäten für ihre Einwendbarkeit gegenüber Dritten errichtet worden ist (Art. 90 Abs. 2 LC). Notwendig ist daher die Eintragung des Immobilienleasingvertrages im Grundbuch, eine Eintragung, die gewöhnlich unter der Bezeichnung des Leasings mit Kaufoption durchgeführt wird⁴⁹². Bei Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC fragt sich nun, wo und wie dieses besondere Privileg geltend gemacht wird. Bislang war weder in der außerkonkursrechtlichen noch in der konkursrechtlichen Gesetzgebung vorgesehen, dass der Gläubiger solcher Raten mit den pfandrechtstypischen Vorteilen bei der Vollstreckung ausgestattet ist, d.h. ein Recht auf abgesonderte Vollstreckung im eigentlichen Sinne hat⁴⁹³. Der Leasinggeber einer Immobilie konnte direkt aus dem Eigentum vorgehen und die Herausgabe des Grundstückes fordern⁴⁹⁴, eine abgesonderte Befriedigung war nicht vorgesehen. Folglich macht es keinen Sinn, ein Recht auf abge-

⁴⁸⁸ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 174. Bei beweglichen Sachen gilt für die Auflösung das mündliche Verfahren nach Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC.

⁴⁸⁹ Zu Art. 1227 CC vgl. SAP Castellón 3.11.2003 (AC 2003, 1622).

⁴⁹⁰ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 174. Bei beweglichen Sachen wird die Auflösung nach Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC betrieben.

⁴⁹¹ Dem Finanzierungsleasinggeber beweglicher Sachen wurde kein eigentliches Privileg bei der Vollstreckung durch D.A. Primera der Ley 28/1998 eingeräumt, sondern eine besondere Klage zur Wiedererlangung der Sachen. Es wurde nicht angenommen, dass der Leasinggeber nach der Wiedererlangung der Sache in diese „vollstrecken“ kann. Tatsächlich wurde dem Leasinggeber nicht einmal ein quasipfandrechtlisches Privileg zur Einziehung der Leasingraten gewährt. Diese Lücke wurde auch nicht durch Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC geschlossen.

⁴⁹² Bezieht sich das Finanzierungsleasing auf eine bewegliche Sache, so ist die Eintragung im Mobiliarregister (*Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles*) erforderlich, Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 197.

⁴⁹³ Die in Bezug auf Mobilien relevante Vorschrift ist weiterhin D. A. quinta Abs. 5 Ley 28/1998, die von der LC nicht abgeändert wurde. Hieraus geht hervor, dass der Leasinggeber ein Aussonderungsrecht aus dem Eigentum heraus hat, das von Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC betroffen ist, und kein Recht auf abgesonderte Vollstreckung zur Beitreibung der geschuldeten Raten, wie Abs. 3 der Vorschrift zu entnehmen ist. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 81.

⁴⁹⁴ STS 17.3.1998 (ARJ 1988, 1351); Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 179, 180.

sonderte Befriedigung nur aufgrund der Privilegierung in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC jetzt einzuräumen, wenn zuvor gar keines bestand⁴⁹⁵. Da Art. 56 LC hierauf zudem keinen Bezug nimmt, richtet sich die Einziehung dieser Raten nach Art. 55 LC. Es kann daher weder absondert vollstreckt werden, wenn die Frist des Art. 56 Abs. 1 LC abgelaufen ist, noch das Verfahren nach Art. 57 LC herangezogen werden. Die besonders privilegierte Vollstreckung in die „eigene Sache“ wird durch die Aussichten einer privilegierten Befriedigung bei der Gesamtliquidation des Konkurses ersetzt und hierauf begrenzt⁴⁹⁶. Der Leasinggeber ist sicherlich ein privilegierter Gläubiger im Sinne von Art. 123 oder 134 LC. Er ist aber kein dinglich gesicherter Pfandrechts- oder Hypothekengläubiger, um nach der privilegierten Regelung des Art. 56 LC vollstrecken zu können, wenn er sich durch die Vollstreckung in die Sache befriedigen will, um die offenen Raten einzuziehen. Der Gläubiger wird die Sicherheit im Sinne von Art. 56 Abs. 1 LC „verlieren“, wenn er sich dafür entscheidet, die Zahlung der fälligen Raten und der vertraglich geschuldeten Entschädigungen und Vertragsstrafen geltend zu machen, aber er wird auch ein besonderes Privileg bei der Befriedigung „gewinnen“. Das Privileg des Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC umfasst jedoch nur die Raten des Finanzierungsleasing, so dass die restlichen Entschädigungen nicht erfasst sind und als einfache Forderungen geltend zu machen sind⁴⁹⁷.

Ist der Leasinggeber Konkurschuldner, räumt das Konkursgesetz dem Leasingnehmer kein Vorzugsrecht ein. Denn die Vertragsfortführung wird vom Konkurs nicht berührt, so dass die Raten in die Aktivmasse aufgenommen werden. Die geleaste Sache bleibt unberührt, wenn der Finanzierungsleasingnehmer seinen Teil des Vertrages erfüllt⁴⁹⁸.

6. Besonderheiten gegenüber Eigentumsvorbehalt und Ratenzahlungskauf

Angesichts der Rechtsprechung ist nicht davon auszugehen, dass das Finanzierungsleasing ein Vertrag „zum Erwerb von beweglichen oder unbeweglichen Sachen mit Gegenleistung oder gestundetem Kaufpreis“ ist, worauf Art. 69 Abs. 1 LC Bezug nimmt. Daher kann er nicht Gegenstand einer Wiederaufnahme im Sinne dieser Vorschrift sein⁴⁹⁹. Der Leasinggeber, der den Vertrag auflöst und die Sache zurückerhält, muss die gezahlten Raten, außer den vertraglich Abzügen, zurückerstatten. Diese Raten entsprechen aber nicht dem Nutzungsentgelt der

⁴⁹⁵ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 82.

⁴⁹⁶ Vgl. hierzu Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 175.

⁴⁹⁷ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 175.

⁴⁹⁸ So Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 197.

⁴⁹⁹ Auch wenn dieser Schluss streng genommen einen Wertungswiderspruch darstellt. Denn es macht keinen Sinn, dass Verträge über Forderungen (Art. 68 LC), Abzahlungsverträge (Art. 69) und Mietverträge (Art. 70 LC) geheilt werden können, dagegen nicht auch Finanzierungsleasingverträge. Für die Aufnahme des Finanzierungsleasings Marín López, in: Bercovitz-Rodríguez Cano, Comentarios a la Ley Concursal, Bd. I, Art. 69 LC, S. 809.

Sache von Seiten des Leasinggebers⁵⁰⁰. Die Rechtsprechung hat in einem Fall entschieden, dass der Finanzierungsgeber im Falle der Nichterfüllung die ausstehenden Leasingraten für fällig erklären kann⁵⁰¹. Da der Leasinggeber den Vertrag nicht aufgrund der bloßen Konkursöffnung auflösen kann (Art. 61 Abs. 3 LC), ist dies von Vorteil für ihn, da er aus diesem Grund wie ein Abzahlungsverkäufer die vorzeitige Fälligkeit erklären kann⁵⁰².

III. Auflösung des Finanzierungsleasingvertrages

1. Auflösung als Konkursmöglichkeit (Art. 61 Abs. 2 LC)

Der Finanzierungsleasingvertrag ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, der im Zeitpunkt des Konkurses von keiner Seite erfüllt sein kann, wenn er nicht bereits zuvor erloschen ist. Der Leasinggeber hat die Nutzung der Sache fortwährend zu gewähren und der Leasingnehmer hat die Leasingraten zu zahlen. Im Konkurs des Leasinggebers kann die Konkursverwaltung die Auflösung des Vertrages beantragen, über die der Konkursrichter nach Anhörung der Beteiligten entscheidet (Art. 61 Abs. 2 S. 3, 4 LC). Sinnvoll erscheint eine Vertragsauflösung allerdings nur beim Immobilienleasing. Denn allein hier ist vorstellbar, die Immobilie einem anderen zu einer höheren Rate überlassen zu können⁵⁰³. Der Leasingnehmer kann sich nicht gegen dieses Recht wenden, auch wenn er eine (teilweise) Rückerstattungsforderung für die gezahlten Raten und eine Schadenersatzforderung hat, deren Zahlung zulasten der Masse geht. Ist der Leasingnehmer Konkursschuldner, kann der Leasinggeber in die Situation geraten, die ausstehenden Zahlungen nicht einfordern zu können. Die Rückgabe der Sache erfolgt nicht aufgrund der „Sicherheit“ des Eigentums, sondern aufgrund der Wirkungen der vertraglichen Auflösung selbst⁵⁰⁴. Der Leasingnehmer hat den Besitzanspruch verloren und der Leasinggeber, der weiterhin Eigentümer geblieben ist, da er nur die Nutzung überlassen hat, erhält das Nutzungsrecht aufgrund der durch die Auflösung bewirkten Rückgabe zurück. Die Auflösung macht die spezifische Sicherheit des Leasings „nutzlos“, es stellt sich heraus, dass die Sache ohne Auflösung nicht in die Hände des Leasinggeber zurückgelangen kann⁵⁰⁵. In diesen Fällen dient das „Eigentum“ nicht als Sicherheit für eine Forderung, da der Erfüllungs-

⁵⁰⁰ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 177.

⁵⁰¹ STS 7.2.2000 (ARJ 2000, 282).

⁵⁰² Für das vorzeitige Fälligwerden beim Leasingvertrag und die Betrachtung der Rechtsprechung als Vertragsstrafe, vgl. Ureña Martínez, La cláusula penal en el contrato de leasing, S. 33 ff.

⁵⁰³ Dagegen wäre dies bei einer beweglichen Sache absurd. Denn zahlt der Käufer weiter, wird der Leasinggeber kein besonderes Interesse daran haben, die Sache wiederzuerlangen.

⁵⁰⁴ Deutlich, STS 9.4.2001 (ARJ 2001, 6647) und Anmerkung von García Vicente, CCJC, 57 (2001) § 1556. Die Rechtsprechung differenziert aber nicht mit Bestimmtheit. So wurde in SAP Huesca 8.11.1996 (AC 1996, 2214) entschieden, dass der Leasinggeber trotz der Erfolglosigkeit der Auflösung (aus prozessualen Gründen) eine Drittwiderspruchsklage betreiben kann.

⁵⁰⁵ STS 9.4.2001 (ARJ 2001, 6647). A.A. García Vicente, CCJC, 57 (2001) § 1556.

anspruch mit der vom redlichen Leasinggeber oder von der Konkursverwaltung des insolventen Leasingnehmers betriebenen Auflösung erloschen ist. Das „Eigentum“ ist der Zustand, der vor der Vertragsschließung bestand, und nicht die Sicherheit, mit der die Forderung dieses Vertrages gestärkt wurde. Entscheidet sich die Konkursverwaltung des Leasingnehmers zur Fortsetzung der Vertragserfüllung nach Art. 61 Abs. 2 LC, kann der Leasinggeber die Sache nicht durch eine Eigentumsherausgabeklage zurückgewinnen⁵⁰⁶.

2. Auflösung wegen Nichterfüllung

Da das Finanzierungsleasing in den Augen der Rechtsprechung gleichfalls mietvertragsrechtlicher Natur ist, kann der Leasinggeber auch vom gewöhnlichen Auflösungsverfahren Gebrauch machen. Hierdurch erlischt der Besitzanspruch des Leasingnehmers rückwirkend und dies zudem aufgrund einer vor dem Konkurs erfolgten Nichterfüllung (Art. 62 Abs. 1 LC). Wurden die fälligen Raten vor Konkurseröffnung nicht erfüllt, handelt es sich um einfache Konkursschulden. Nach der Eröffnung fällige und nicht beglichene Raten sind hingegen Masseschulden (Art. 62 Abs. 4 LC).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Rückgabe der Sache der Regelung in Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC unterworfen ist und deshalb auszusetzen ist. Ähnlich wie beim Eigentumsvorbehalt könnte hier an einen Wertungswiderspruch zwischen Art. 56 LC und Art. 62 Abs. 4 LC gedacht werden. Allerdings ist der Widerspruch nicht so offensichtlich wie beim Eigentumsvorbehalt. Denn kann ein Vertrag aufgelöst werden, weil vor Konkurseröffnung nicht erfüllt wurde, liegt eine konkursrechtliche „Vollstreckung“ aus einer „Sicherheit“ im Sinne des Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC vor, die nach Konkurseröffnung eingeleitet wurde, weil die Nichterfüllung vor der Eröffnung lag (Art. 57 LC). Anderes gilt hingegen, wenn nach der Eröffnung nicht erfüllt wird, weil die Klage dann nicht der Regel in Art. 56 Abs. 1 LC unterliegt und der Leasinggeber den Vertrag auflösen kann. Allerdings muss der Leasinggeber damit rechnen, dass der Konkursrichter von der Befugnis Gebrauch macht, den Vertrag nach Art. 62 Abs. 3 LC aufrechtzuerhalten. Das paradoxe Ergebnis ist, dass der Leasinggeber die Sache in einem Konkurszwischenverfahren wegen vorheriger Nichterfüllung „wiedererlangen“ kann⁵⁰⁷. Dieses Verfahren läuft aber als Verfahren, das nicht vor Konkurseröffnung eingeleitet wurde, Gefahr, nach Art. 57 Abs. 3 LC verbunden zu werden. Dies hätte ein Abwarten bis zur Gesamtliquidation zur Folge. Art. 62 Abs. 1 LC ermöglicht jedoch die Umgehung von Art. 56 Abs. 1 S. 2 LC, indem in einem Konkurszwischenverfahren vorgegangen werden

⁵⁰⁶ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 178.

⁵⁰⁷ Im Fall von beweglichen Sachen wird das mündliche Verfahren nach Art. 250 Abs. 1 Nr. 11 LEC betrieben.

kann. In diesem Falle wäre auch nicht zu befürchten, dass der Richter dem Konkurschuldner eine zusätzliche Frist zur Erfüllung nach Art. 62 Abs. 3 LC gewährt⁵⁰⁸.

3. Leasing, Vollstreckung und Vertragsstrafen

Das Konkursrecht berührt weder die allgemeinen Leasingregeln noch die vereinbarten Vertragsstrafen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass von Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC lediglich die Leasingraten umfasst sind. Die als Vertragsstrafe vereinbarten Beträge sind deshalb nicht besonders privilegiert und werden im Konkurs nur als einfache Forderungen befriedigt⁵⁰⁹.

IV. Würdigung

Die jetzige konkursrechtliche Behandlung des Finanzierungsleasings hat in der spanischen Literatur nur wenig Zuspruch gefunden⁵¹⁰. Anders etwa als der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen, der schon im *Anteproyecto de Ley Concursal* berücksichtigt wurde und als dingliche Sicherheit im spanischen Recht anerkannt ist, würde das Finanzierungsleasing eine solche Anerkennung nicht verdienen. Das gesetzliche Modell sei nicht ausgereift und die Publizitätsanforderungen seien nicht erfüllt. Ebenso wenig sei die Wirkung dieser „Pseudogarantie“ geklärt. Die Konfusion sei im Konkursgesetz noch verschärft worden.

Diese Vorwürfe erscheinen berechtigt, wenn man bedenkt, dass dem Forderungsinhaber aus einem Finanzierungsleasingvertrag nunmehr ein besonderes Vorzugsrecht an der Sache, die Vertragsgegenstand ist, zugebilligt wird (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC), gleichzeitig aber auch die Möglichkeit gegeben wird, die Sache zurückzufordern. Eine bildhafte Umschreibung in der spanischen Literatur⁵¹¹ bringt dies besonders anschaulich zum Ausdruck: Der Finanzgeber kann beim Finanzierungsleasing je nach Belieben zwischen zwei „Sombreros“ wählen. Er kann sich entweder mit dem „Sombrero“ des Eigentümers oder aber mit dem „Sombrero“ des bevorrechtigten Gläubigers schmücken. Diese Ambiguität ist allerdings unnötig und führt zu einer erheblichen Zunahme der strategischen Möglichkeiten der Vertragsteile. Dies dürfte sich auf das Konkursverfahren nicht positiv auswirken.

⁵⁰⁸ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 178 f. weist auf diese Problematik hin, bietet aber kein konkrete Lösungsmöglichkeit an, sondern lässt dies bewusst offen.

⁵⁰⁹ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 179 f.

⁵¹⁰ Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 230; Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 195.

⁵¹¹ Wie dies Garrido, in: Rojo Fernández-Rio, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 230 beschreibt: “‘usar dos sombreros’, de modo que dicho contratante se presenta a su antojo con el ‘sombrero’ de propietario, o bien con el ‘sombrero’ de acreedor preferente”.

Vor diesem Hintergrund macht es noch weniger Sinn, dass der Finanzierungsleasinggeber ein Privileg an der überlassenen Sache erlangt, wenn klar ist, dass er das Eigentum an der Sache solange nicht verliert, bis die Leasingraten vollständig beglichen sind und das Recht der Kaufoption vom Leasingnehmer durch die Zahlung der letzten Rate ausgeübt wird. Zudem ist der Leasingnehmer nicht dazu berechtigt, über die für ihn fremde Sache zu verfügen⁵¹². Unter diesen Umständen ist offensichtlich, dass dieses Privileg undenkbar ist. Denn die Sache, an der das Privileg ausgeübt wird, gehört nicht dem Schuldner, sondern eben jenem Gläubiger. Es stellt sich daher die Frage, warum ein Gesetz, das Privilegien begrenzen will, ein neues Privileg einführt. Zumal dies auch noch zugunsten eines Gläubigers (Finanzierungsleasinggeber) geschieht, der weit davon entfernt ist, eine schwache Position einzunehmen oder eines zusätzlichen Schutzes zu bedürfen, was eine gesetzliche Bevorzugung gerechtfertigt hätte. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass dieses Privileg „gratis“⁵¹³ ist. Zwar behält der Leasinggeber aufgrund des Kredits eine besondere Verbindung zu der Sache, der das Privileg anhaftet. Im Vermögen des Schuldners erzeugt diese Beziehung jedoch keinen Zuwachs, der dieses Privileg rechtfertigen würde. Denn der Schuldner kann das Eigentum erst erwerben, wenn er seine Schuld beim Leasinggeber durch die Zahlung aller Leasingraten beglichen hat und die letzte Zahlung der Rate der Ausübung der Kaufoption entspricht.

Das besondere Privileg scheint nicht auf Druck betroffener Gläubigergruppen eingeführt worden zu sein. Denn ein Interesse an einem solchen Privileg ist bei diesen nicht erkennbar, da sie bereits über das Eigentum an der Sache verfügen. Zu überlegen wäre deshalb, ob der Gesetzgeber durch die Einführung des Privileges verhindern wollte, dass die Nichtzahlung den endgültigen Verbleib des Eigentums beim Finanzierungsleasinggeber besiegelt. Dies ist insbesondere im Falle des Immobilienleasings nicht zu unterschätzen. Aber auch dieser Ansatz scheint verfehlt, wenn man bedenkt, dass die Konkursöffnung selbst die Wirksamkeit von Verträgen mit gegenseitig noch zu erfüllenden Verpflichtungen nicht beeinträchtigt und die vom Konkurschuldner geschuldeten Leistungen zu Lasten der Masse erfolgen (Art. 61 Abs. 2 LC). Zudem bestimmt Art. 84 Abs. 2 Nr. 6 LC, dass zu den Forderungen gegen die Masse auch solche Forderungen gehören, die aus Leistungen des Konkurschuldners bei Verträgen mit gegenseitigen noch zu erfüllenden Verpflichtungen herrühren, die nach Konkursöffnung bestehen bleiben. Ist die Konkursverwaltung am Erwerb der geleasteten Sache interessiert, bleibt der Leasingvertrag wirksam und wird fortgesetzt, so dass der Leasinggeber zulasten der Masse einfordert. Veranlasst die Konkursverwaltung jedoch die Auflösung des Vertrages, be-

⁵¹² *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 195.

⁵¹³ Vgl. *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 196.

hält der Leasinggeber das Eigentum und bezieht die nach Konkurseröffnung fälligen Raten zulasten der Masse, so dass nur diejenigen Forderungen des Leasinggebers Konkursforderungen sind, die den vor Konkurseröffnung fällig geworden Raten entsprechen (Art. 62 Abs. 4 LC)⁵¹⁴. Wurde der Vertrag vor Konkurseröffnung nicht erfüllt, berechtigt dies den Leasinggeber ab Konkurseröffnung nicht mehr zur Vertragsauflösung, sondern nur dazu, eine Bezahlung als Konkursgläubiger zu verlangen. Womöglich sollte der Leasinggeber, der sich in einer solchen Situation befindet, geschützt werden. Die Vertragsauflösung bewirkt aber auch in diesem Fall keinen Eigentumswechsel auf den Leasinggeber (da dieser ohnehin schon Eigentümer ist), sondern nur die Besitzrückgabe. Aus diesem Grund erscheint das vom Konkursgesetz vorgesehene Privileg für den Leasinggeber in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC sinnlos⁵¹⁵. Denn die Privilegien fallen ihrer Definition nach immer in fremdes Vermögen, d.h. in das des Schuldners, weshalb es unmöglich ist, einem Gläubiger ein Privileg an seiner eigenen Sache einzuräumen. Deutlich wird der Widerspruch auch daran, dass der Leasinggeber eigentlich dem Leasingnehmer als späterem Konkurschuldner zuvor das Eigentum an der Leasingsache hätte übertragen müssen, damit er das Privileg dieser Vorschrift überhaupt innehaben könnte.

Im Vergleich hierzu kann sich ein Abzahlungsverkäufer entweder für den Eigentumsvorbehalt entscheiden oder den Kaufpreis bevorzugt verlangen⁵¹⁶. Hier scheint denn auch der Grund des Übels zu liegen. Denn es besteht sehr wohl ein Unterschied zwischen der Annahme, dass der Eigentumsvorbehalt ein Zustand ist, der nur vorliegt, wenn nicht gezahlt wird, und der Annahme, man könne sich das Eigentum an der verkauften Sache vorbehalten und sich darüber hinaus dennoch bevorzugt an dieser befriedigen⁵¹⁷. Beim Finanzierungsleasing kommt es letztlich zu einer Kollision zwischen Ursprung des Vertrages und Sicherungswirkung⁵¹⁸, also zwischen bilateralem Vertrag und Eigentumszurückbehaltung.

⁵¹⁴ Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 196.

⁵¹⁵ Das Privileg wird sogar als völliger Unsinn (*“despropósito completo”*) von Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 197 bezeichnet.

⁵¹⁶ So wurde die Situation des unter Eigentumsvorbehalt kaufenden Abzahlungskäufers im Konkurs des Verkäufers bereits nach dem alten Abzahlungsgesetz (*Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles – LVPBM*) kritisiert. Der Eigentumsvorbehalt wurde als eine Art besitzloses Pfandrecht verstanden, so dass die Gläubiger des Verkäufers (Konkurschuldner), den Wert des in Raten verkauften Gegenstandes nicht verwirklichen konnten, wenn der Käufer seiner Zahlungsverpflichtung nachkam. Bercovitz Rodríguez-Cano, CCJC 1983, Nr. 3, S. 876.

⁵¹⁷ So Mezquita García-Granero, RCDI 2004, S. 187, 197.

⁵¹⁸ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 81.

E. Antichrese in der Insolvenz

Die Antichrese (Nutzungspfandrecht) und ihre insolvenzrechtliche Behandlung sollen hier nur kurz angesprochen werden, da diese Rechtsfigur in Spanien nur noch selten Anwendung findet und aufgrund ihrer wirtschaftlichen Geringfügigkeit nur von theoretischem Interesse ist.

I. Antichrese (*anticresis*)

Die Antichrese räumt ihrem Gläubiger den Besitz an der Immobilie ein und gibt ihm das Recht, seine Forderung durch die Aneignung der Früchte dieser Immobilie zu befriedigen (Art. 1881 CC). Dem Gläubiger einer Antichrese wird deshalb nicht nur ein Befriedigungsrecht durch die Aneignung der Früchte zuerkannt, sondern auch ein Zurückbehaltungs- (Art. 1883, 1866, 1886 CC) und Zwangsvollstreckungsrecht an der Immobilie (Art. 1884 CC). Der Gläubiger ist grundsätzlich dazu verpflichtet, die Abgaben, Lasten und notwendigen Ausgaben zu tragen (Art. 1882 CC)⁵¹⁹. Von der Antichrese wird eine von den Parteien bestimmte Forderung gedeckt. Sie kann jegliche Art von Forderung schützen, sogar bedingte Forderungen (Art. 1886 CC i.V.m. Art. 1861 CC). Wird die Hauptforderung befriedigt und verbleiben Früchte der Sache, können die Zinsen der Forderung befriedigt werden⁵²⁰.

Die Antichrese ist heutzutage allerdings eine praktisch nicht mehr verwendete Rechtsfigur⁵²¹. Kommt sie zur Anwendung, dann zumeist in Verbindung mit einer Immobiliehypothek, wodurch die Gläubigerstellung erheblich gegenüber der des Grundeigentümers gestärkt wird⁵²².

Das Vorzugsrecht der durch eine Antichrese abgesicherten Forderungen war allerdings stets umstritten. Nach bislang gültigem Recht führte der unklare Wortlaut der Art. 1881 ff. des *Código Civil* zu grundsätzlich zwei unterschiedlichen Konzepten der Antichrese⁵²³. Die herrschende Meinung betrachtet die Antichrese als eine Art „Grundpfandrecht“ aufgrund des natürlichen Nutzungsrechtes des Gläubigers nach Art. 1881 CC, das dem Gläubiger ein *ius distrahendi* oder ein Verwertungsrecht der Immobilie (Art. 1884 CC) einräumt. Zwar war die antichretisch gesicherte Forderung nicht in der Regelung zum Vorrang der Forderungen im

⁵¹⁹ O'Callaghan Muñoz, Compendio de Derecho Civil, Bd. III, Derechos Reales e Hipotecario, S. 350, 353 ff.

⁵²⁰ Vgl. hierzu Garrido, in: Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1618, 1619.

⁵²¹ Ibán, Einführung in das spanische Recht, S. 206.

⁵²² Löber, Grundeigentum in Spanien, S. 78.

⁵²³ Bei beiden Ansichten sind jeweils kleine Abweichungen zu verzeichnen. Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, S. 324 Fn. 32; Luna Serrano, in: Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Bd. III-2, S. 292 ff.; Peña Bernaldo de Quirós, Derechos reales, Bd. II, S. 76 f.; Bermejo Guitiérrez, Créditos y quiebra, S. 93, 140 f., bei denen viele weitere Verweise zur vorhergehenden Lehre zu finden sind.

Código Civil enthalten, jedoch wurde fast einvernehmlich vertreten, dass der Gläubiger einer Antichrese ein bevorrechtigter Gläubiger hinsichtlich des belasteten Grundstücks sei und denselben Rang inne hätte wie die Gläubiger, die durch eine Hypothek oder einen Aufbaukredit abgesichert waren (Art. 1923 Nr. 3 LC)⁵²⁴.

Anderen Autoren zufolge ist der Inhalt der Antichrese auf das Recht begrenzt, den Besitz der Immobilie zurückzubehalten und sich die Früchte mit der Verpflichtung anzueignen, sie auf die Zahlung der Zinsen, wenn welche geschuldet sind, und danach auf die Zahlung der Hauptsumme der Forderung anzurechnen (Art. 1881 CC)⁵²⁵.

II. Insolvenzrechtliche Behandlung

Das Konkursgesetz erkennt die Wirkungen der Antichrese im Konkurs als Grund für eine besondere Bevorzugung an (Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC). Dies stellt ein echtes Novum dar. Diese Privilegierung hat jedoch gewisse Schwierigkeiten hervorgerufen⁵²⁶. Denn nunmehr begründet die Antichrese ein konkursrechtliches Vorzugsrecht, das die natürlichen Früchte und die Rechtsfrüchte der Immobilie erfasst. Die betroffenen Früchte sind diejenigen, die vor Konkurseröffnung erzeugt worden sind. Dagegen steht die Aneignung von danach erzeugten Früchten der Natur des Konkurses und den hierdurch verursachten Wirkungen für die Gläubiger entgegen (Art. 56 LC). Somit verleiht die Antichrese dem Gläubiger nur ein besonderes Privileg an den von der Sache vor Konkurseröffnung erzeugten Früchten, wenn sich der antichretisch gesicherte Gläubiger diese Früchte nicht bereits angeeignet hat⁵²⁷.

Die Gesetzgebung hat keine besonderen Voraussetzungen der Registerpublizität hinsichtlich der Antichrese geschaffen. Die Antichrese ist eine dingliche Sicherheit, die wie das Pfandrecht eines Besitzüberganges bedarf, damit der Gläubiger ein Vorzugsrecht erhält (Art. 1883 CC, *a contraria*). Nur im katalanischen Foralrecht ist vorgesehen, dass die Antichrese im

⁵²⁴ Einige nehmen die Eintragung der Antichrese als selbstverständlich an, so *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, *Derecho Concursal*, S. 357, 374; *Gullón Ballesteros*, *La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona 1962, S. 95 ff., was aber nicht ganz zutreffend ist, da der Gesetzgeber keine besondere Publizität für die Antichrese vorgesehen hat.

⁵²⁵ Vgl. hierzu bei *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, *Comentarios a la Ley Concursal*, S. 501, 528.

⁵²⁶ Auch wenn eine identische Passage bereits in Art. 287 Nr. 3 des *Anteproyecto de Ley Concursal* von 1983 und in Art. 124 Abs. 1 Nr. 2 der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995 enthalten war.

⁵²⁷ *Garrido*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Bd. I, Art. 90, S. 1619.

Grundbuch eingetragen werden kann⁵²⁸. Auf jeden Fall ist die Besitzübergabe des Grundstücks erforderlich⁵²⁹.

Ganz anders stellt sich die Situation beim antichretischen Vertrag dar, der ein akzessorischer Vertrag einer dinglichen Sicherheit ist, etwa einer Immobiliehypothek, der dem Gläubiger erlaubt, seine Forderung durch die Aneignung der Früchte des Gegenstandes der Hypothek zu befriedigen (Art. 690 LEC, Art. 49 LHM)⁵³⁰. Als akzessorischer Vertrag muss der antichretische Vertrag dieselben Formalitäten erfüllen wie die Hypothek, obwohl seine Wirkungen im Konkurs von den Normen beschränkt werden, die die Ausübung der Rechte dinglich gesicherten Gläubiger und den Inhalt des besonderen Vorzugsrechtes regeln (Art. 56 und 155 LC)⁵³¹.

Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Auslegung der Antichrese stimmt jedoch nicht mit dem Wortlaut des Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC überein⁵³². Der Umstand, dass das Privileg nunmehr auf die Früchte der belasteten Immobilie beschränkt ist, beantwortet auch nicht die Frage des Verwertungsrechts, weil Art. 1884 CC in Kraft geblieben ist, was unvermeidlich zu Unsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten führt, wenn der Gläubiger das Recht ausübt, das ihm durch diese Vorschrift zugebilligt wird⁵³³. Eine angemessene Klärung dieser Frage wäre daher erforderlich gewesen.

Um diesem Problem beizukommen, wird deshalb vorgeschlagen, diese Art der Auslegung der Antichrese unter die Regelung in Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 LC zu fassen⁵³⁴. Diese Norm verlange nicht ausdrücklich, dass es sich bei der belasteten Sache um eine bewegliche Sache handelt. Hiergegen ließe sich jedoch vorbringen, dass eine solche Auslegung dem vom Gesetzgeber in Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC zum Ausdruck gebrachten „negativen Willen“ widerspricht. Zu bedenken ist jedoch, dass diese Interpretation der Antichrese nicht nur der Auffassung der Mehrzahl der spanischen Juristen entspricht, sondern auch klar im katalanischen Gesetz der dinglichen Sicherheiten (Art. 23 *Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía*) zum Ausdruck kommt. Dort wird dem Inhaber einer Antichrese ausdrücklich das Recht verliehen, die Verwertung der von der Antichrese betroffenen Immobilie zu betreiben. Außerdem kann nach dem Recht von Navarra ein Immobiliarpfandrecht begrün-

⁵²⁸ Art. 21 ff. *Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía*. Vgl. hierzu später unter G.

⁵²⁹ Vgl. hierzu auch Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1619.

⁵³⁰ Art. 1868 CC, der den antichretischen Vertrag beim Pfandrecht vorsieht.

⁵³¹ Garrido, in: *Rojo/Beltrán*, Comentario de la Ley Concursal, Bd. I, Art. 90, S. 1619.

⁵³² So Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 528.

⁵³³ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 374; Pantaleón Prieto, *La Ley 1997*, S. 1460, 1464 Fn. 15, der sich fragt, woher die Vorstellung der Antichrese gekommen ist, nach der das Privileg des Gläubigers auf die Früchte der belasteten Immobilie begrenzt wird.

⁵³⁴ Vertreten wird dies von Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 532.

det werden, das das natürliche Recht des Gläubigers enthält, Früchte zu ziehen, um diese mit der Zinsschuld und mit der Hauptsumme der Forderung zu verrechnen (*Ley 468* und *Ley 471 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*)⁵³⁵. Entsprechend dieser Logik falle auch die nach dem *Código Civil* begründbare Antichrese unter Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 LC⁵³⁶.

Das von der Mindermeinung vertretene Verständnis der Antichrese geht indes ebenso wenig mit der Neuregelung des Konkursgesetzes konform. Bei dieser Konzeption der Antichrese wird von einem Hybrid zwischen dinglichem Nutzungs- und Sicherungsrecht ausgegangen. Der Gläubiger benötigt hiernach keinerlei Vorzugsrechte an den Früchten der belasteten Immobilie, weil er im Konkursfall den Besitz an der Immobilie als Inhaber eines dinglichen Rechts behält und weiterhin die Früchte ziehen kann, um sie auf die Zahlung seiner Forderung in der bereits aufgezeigten Form anzurechnen⁵³⁷. Der Gesetzgeber der *Ley Concursal* hatte scheinbar nicht das Konzept einer Antichrese vor Augen, bei der der Schuldner den Besitz an der Immobilie behält. Anders als im portugiesischen Recht⁵³⁸ entspricht ein solches Verständnis auch nicht der im spanischen Gesetz vorgesehenen Variante. Den Sinn von Art. 90 Abs. 2 LC bei der Antichrese zu eruieren, erweist sich mithin als schwierig. In ihrer „speziellen Gesetzgebung“, um den Wortlaut von Art. 90 Abs. 2 LC aufzugreifen, ist nicht vorgesehen, dass die Eintragung ins Grundbuch konstitutiven Charakter hat.

Eine noch andere Ansicht will im Nutzungspfand dagegen weder ein dingliches Recht noch eine Immobiliarsicherheit erkennen⁵³⁹. Bestätigung fände diese These auch in Art. 90 Abs. 1 Nr. 2 LC, da die antichretisch gesicherten Forderungen nur hinsichtlich der Früchte der Immobilie privilegiert sind. Die Sicherheit, wenn man eine solche überhaupt annehmen wolle, sei daher nur eine Mobiliarsicherheit. Nicht einmal die eingetragene Antichrese verleihe ein besonderes Privileg am Grundstück. Hinsichtlich der beweglichen Sachen (Früchte) verfüge die Antichrese aber nicht nur über ein Privileg, sondern auch über ein Trennungsrecht, da der antichretische Gläubiger Inhaber eines *ius fruendi* sei, von dessen Ausübung der Erwerb der Früchte abhängt und nicht von der Inhaberschaft des Grundstücks.

⁵³⁵ Dort existiert ein ähnlicher Vertrag wie in Art. 1885 CC, der in der *Compilación* als „*pacto anticretico*“ bezeichnet ist (Art. 471 Abs. 1, 1. Unterabschnitt), genauso wie ein selbständiger Vertrag über die Verrechnung der Geldschuld mit dem Nutzen oder der Fruchtziehung der Sache (Art. 471 Abs. 2), was in dieser *Compilación* die Bezeichnung „*anticresis*“ gefunden hat.

⁵³⁶ So Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 532.

⁵³⁷ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 528; Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, S. 373 f.

⁵³⁸ Wie dies ausdrücklich im portugiesischen Zivilgesetzbuch (Art. 661) der Fall ist.

⁵³⁹ Vertreten vor allem von Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, S. 451 f.; Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 292.

Zu einem Konflikt kann es schließlich kommen, wenn sich die vorhergehende Immobiliarpfandrecht vertraglich auf die Früchte der Immobilie erstreckt oder wenn ein besitzloses Pfandrecht an den künftigen Früchten korrekt errichtet wurde oder wenn der Begründer der Antichrese selbst die Forderungen der Früchte (Rechtsfrüchte) im Voraus abgetreten hat, bevor er das Nutzungspfand errichtet hat. In diesen Fällen ist dem Prioritätsprinzip zu folgen. Denn eine nicht eingetragene Antichrese kann gegenüber einer eingetragenen Hypothek, die sich vertraglich auf die Früchte erstreckt, nicht eingewendet werden⁵⁴⁰. Die Verpfändung der gegenwärtigen oder künftigen Forderung an Rechtsfrüchten setzt sich gegenüber späteren Immobiliarsicherheiten durch, auch wenn der antichretische Vertrag eingetragen ist.

F. Sicherungsübereignung in der Insolvenz

Unter den spanischen Immobiliarsicherheiten ist die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsübereignung das mit Abstand problematischste Rechtsinstitut. Ihre rechtliche Anerkennung war lange umstritten und ist es in vielen Punkten immer noch. Die hierdurch verursachte Rechtsunsicherheit zeigt sich auch im Gebrauch der Sicherungsübereignung in der spanischen Praxis. Darüber hinaus ist der Konkursfestigkeit der Sicherungsübereignung äußerst fraglich. Im Folgenden soll daher zunächst versucht werden, die sehr komplexe zivilrechtliche Situation der Sicherungsübereignung knapp darzustellen, wobei hier eine umfassende Auseinandersetzung zu weit führen würde. Im Anschluss sollen die sich in konkursrechtlicher Hinsicht ergebenden Probleme erörtert werden.

I. Sicherungsübereignung (*negocio fiduciario*)

1. Allgemeines

Die Rechtsfigur der Sicherungsübereignung wurde in Spanien aus der deutschen Pandektenlehre übernommen⁵⁴¹. Ähnlich wie im BGB fehlen auch im spanischen *Código Civil* eigene Regelungen. Lediglich im Foralrecht von Navarra⁵⁴² existiert eine Regelung zur Sicherungsübereignung (vgl. hierzu in diesem Kapitel G.I.1.b). Anders aber als in Deutschland, wo die Sicherungsübereignung als selbständiges Rechtsinstitut anerkannt ist⁵⁴³, hat sich diese Figur

⁵⁴⁰ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 292.

⁵⁴¹ Zur historischen Entwicklung und der Aufnahme im spanischen Recht, vgl. Badosa Coll, in: Homenaje Díez-Picazo, Bd. I, S. 223 ff.; Arroyo I Amayuelas, CCJC 2004, 1745, S. 665 ff.

⁵⁴² Abgedruckt in Aranzadi, Nuevo Diccionario de Legislación, Band XVII, Nr. 22212.

⁵⁴³ vgl. Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 29.

in Spanien nicht wirklich durchsetzen können⁵⁴⁴. Kern des Problems ist vor allem das in Spanien bei der Eigentumsübertragung geltende Kausalitätsprinzip im Unterschied zum deutschen Abstraktionsprinzip sowie das Verbot der Verfallsklausel, was zahlreiche dogmatische Probleme aufgeworfen hat und zu ihrer Umstrittenheit geführt hat. Zwar ist davon auszugehen, dass die Sicherungsübereignung (allgemein *negocio fiduciario*)⁵⁴⁵ in der spanischen Rechtsprechung anerkannt ist⁵⁴⁶, von der Lehre wird ihre Zulässigkeit dagegen zum größten Teil angezweifelt⁵⁴⁷. Die höchstrichterliche Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* (Oberster Gerichtshof Spaniens – TS) hat sich mehrfach mit dem Institut der Sicherungsübereignung – insbesondere der von Immobilien – befasst⁵⁴⁸. Hierdurch konnten allerdings nicht alle Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung ausgeräumt werden⁵⁴⁹. Eine Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch die Ansicht der Ministerialabteilung für Grundbuchwesen des Justizministeriums (*Dirección General de los Registros y del Notariado* – DGRN)⁵⁵⁰, die die Grundregistereinträge überwacht und über die Wirkung gegen Dritte entscheidet (Art. 259, 260 LH) (vgl. zur DGRN auch in diesem Kapitel F.I.2.e).

Dass die Sicherungsübereignung bei dieser insolvenzrechtlichen Untersuchung der Immobiliarsicherheiten Berücksichtigung findet, hängt damit zusammen, dass sie in Spanien hauptsächlich bei der Übertragung von Immobilien zu Sicherungszwecken zur Anwendung kommt⁵⁵¹. Die vom *Tribunal Supremo* entschiedenen Fälle beschäftigen sich daher zumeist mit Sicherungsübereignungen von Grundstücken⁵⁵². Die nach spanischem Recht ebenso be-

⁵⁴⁴ *Fernando Pombo* ging 1988 davon aus, dass treuhänderische Geschäfte in Spanien allgemein nicht gebräuchlich sind, vgl. in: *Dickson/Rosener/Storm* (Hrsg.), *Security on movable property and receivables in Europe*, S. 153, 154; *Stürner/Stadler*, *Pfandbriefe und Beleihung in Spanien*, S. 97.

⁵⁴⁵ Die Bezeichnung *negocio fiduciario* ist als Oberbegriff zu verstehen. Verwendet werden daneben auch *transmisión fiduciaria*, *transmisión en garantía*, *fiducia cum creditore*, *fiducia cum amico*, *venta en garantía*, die sich in ihrer Bedeutung zum Teil voneinander unterscheiden können, oftmals aber unterschiedslos verwendet werden. Zur genaueren Differenzierung vgl. bei *Bermejo Gutiérrez*, *Créditos y quiebra*, S. 98.

⁵⁴⁶ Seit der Entscheidung des TS 10.3.1944 (ARJ 1944, 526) ständige Rechtsprechung; *Prinz von Sachsen Gessaphe*, RIW 1991, S. 474, 477; *Schröder*, INF 2000, S. 93, 105. Der in manchen Darstellungen zum spanischen Recht anzutreffende Hinweis, eine Sicherungsübereignung sei dort unbekannt (so etwa *Gantzer*, *Spanisches Immobilienrecht*, so noch in der 6. Aufl., S. 51), hat nur hinsichtlich deren geringer praktischen Bedeutung eine Berechtigung. So auch *Stürner/Stadler*, *Pfandbriefe und Beleihung in Spanien*, S. 95 f.

⁵⁴⁷ *Albaladejo*, *Derecho Civil*, Band I., S. 279; *ders.*, AC 1993, S. 663 ff.; *De Castro y Bravo*, *El negocio jurídico*, S. 379 ff.; *Durán Rivacoba*, *La propiedad*, S. 163 f.

⁵⁴⁸ SSTs 23.4.2004 (ARJ 2004, 3490); 17.9.2003 (ARJ 2003, 6419) kommentiert von *Arroyo I Amayuelas*, CCJC 2004, 1745, S. 665 ff.; 4.12.2002 (ARJ 2002, 10424); 17.9.2002 (ARJ 2002, 8558); 5.12.2001 (ARJ 2001, 9934); 26.4.2001 (ARJ 2001, 2037); 16.5.2000, (ARJ 2000, 5082); 15.6.1999 (ARJ 1999, 4474); 6.7.1991 (RDP 1993, 480); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349); 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583) u. 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748).

⁵⁴⁹ Weshalb etwa *Carrasco Perera* in dieser Hinsicht schreibt: „*nos sitúan en terreno de la más insoluble duda*“, *Los Derechos de garantía*, S. 196.

⁵⁵⁰ *Hundertmark*, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten*, S. 199; *Grube*, RIW 1991, S. 887, 888.

⁵⁵¹ Dazu eingehend *Vidal Martínez*, *La venta en garantía en el derecho común español*.

⁵⁵² SSTs 18.2.1997 (ARJ 1997, 1003); 14.2.1996 (ARJ 1996, 1253); 6.6.1995 (ARJ 1995, 5054); 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349) u. 7.3.1990 (ARJ 1990, 1674).

stehende Möglichkeit, bewegliche Sachen zur Sicherheit zu übereignen⁵⁵³, wird nur gelegentlich in Anspruch genommen⁵⁵⁴. Die Anwendung der Sicherungsübereignung bei Immobilien hat mehrere Gründe. Vor allem beruht sie auf den Besonderheiten des spanischen Rechts bei der Übertragung von Grundstückseigentum. Im Gegensatz zu §§ 925 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB ist für die Übereignung von Immobilien nach spanischem Recht weder eine notarielle Beurkundung noch eine Eintragung im Grundbuch erforderlich⁵⁵⁵. Hierfür reichen der Abschluss eines auf die Eigentumsübertragung gerichteten Vertrages (*título*) und die Übergabe des Grundstücks (*modo*) aus⁵⁵⁶. Häufig wird dabei die tatsächliche Übergabe durch eine öffentliche, notarielle Beurkundung des Kaufvertrages ersetzt (Art. 1462 Abs. 2 CC⁵⁵⁷), es sei denn die Parteien haben etwas anderes vereinbart⁵⁵⁸. Eine Eintragung im Grundbuch ist nach spanischem Recht zwar freiwillig⁵⁵⁹, Schutz vor gutgläubigem Erwerb Dritter bietet aber nur eine zusätzliche Eintragung im Grundbuch (*Registro de la Propiedad*). Hinzukommt, dass dem spanischen Grundstücksrecht das Verbot bedingter Rechtsübertragungen fremd ist. Verfügungen über dingliche Rechte an Immobilien können daher aufschiebend oder auflösend bedingt sein⁵⁶⁰. Da im spanischen Recht weder die Briefhypothek als verkehrsfähiges Sicherungsmittel noch die Grundsuld als nicht-akzessorische Immobiliarsicherheit existieren, nimmt die Sicherungsübereignung in Spanien deren Platz ein. Auf den ersten Blick scheint die Sicherungsübereignung gegenüber der Hypothek mehrere Vorteile aufzuweisen. So ist bei der Sicherungsübereignung von Grundstücken an sich weder eine Eintragungs- noch Formpflicht – wie dies zwingend bei der Hypothek der Fall ist – zu beachten. Denn das Eigentum an Grundstücken kann außerhalb des Grundbuchs übertragen werden. Wird die Sicherungsübereignung rein privatschriftlich gestaltet und erfolgt deshalb keine formalisierte Übertragung, entfallen die sonst nach dem Gesetz über Steuern auf Vermögensübertragungen und dokumentierte juristische Akte (*Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Do-*

⁵⁵³ SSTs 13.5.1998 (ARJ 1998, 3686); 8.11.1991 (ARJ 1991, 8148) u. 25.9.1986; vgl. *Guilarte Zapatero*, Comentario del Código Civil, Bd. II, Art. 1859, S. 1866; *Bouza Vidal*, Las garantías, S. 74 ff.; *Feliu Rey*, La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, S. 127; *Garrigues Díaz-Cañabate*, Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil, S. 43.

⁵⁵⁴ *Marco Molina*, in: *Löber/Peuster*, Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 225, 250; *Grube*, RIW 1991, S. 887, 893; *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 195.

⁵⁵⁵ *Velencoso Martínez*, NZI 2004, S. 72, 75.

⁵⁵⁶ *Prinz von Sachsen Gessaphe*, RIW 1991, S. 299 ff.; *Ningelgen*, Formvorschriften im spanischen Recht, S. 30 f.

⁵⁵⁷ *Grube*, RIW 1991, S. 887, 888; *Prinz von Sachsen Gessaphe*, RIW 1991, S. 299, 300.

⁵⁵⁸ STS 18.7.1997 (RJ 1997, 5516); SAP Málaga 2.2.1998 (AC 1998, 3759); SAP Baleares 15.1.1998 (AC 1998, 2703); SAP Málaga 20.5.1996 (AC 1996, 1672); SAP Zamora 14.1.1995 (AC 1995, 182).

⁵⁵⁹ *González*, RDP 1998, S. 45; *Velencoso Martínez*, NZI 2004, S. 72, 75. Viele Autoren, so auch *Pau Pedrón*, RCDI 1994, S. 2197, vertreten aber die Ansicht, dass es besser wäre, wenn die Eintragung im Grundbuch die „*traditio*“ ersetzen würde, da diese dem Publizitätsprinzips besser gerecht werde als die „*traditio*“.

⁵⁶⁰ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 83.

cumentados⁵⁶¹) zu entrichtenden Steuern⁵⁶². Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Vorteile nicht zum Tragen kommen. Denn soll die Sicherungsübereignung Schutz vor gutgläubigem Erwerb Dritter bieten, bedarf auch sie der Eintragung im Grundbuch und daher der notariellen Beurkundung. Ein Vorteil gegenüber der Hypothek ist dann aus Kostengesichtspunkten nicht gegeben.

Da im spanischen Recht die dingliche Kreditsicherung bei allen gesetzlich geregelten Sicherungsrechten die Publizität dieser Rechte voraussetzt, fordert die herrschende Meinung im Schrifttum auch bei der Sicherungsübereignung eine den gesetzlich geregelten Sicherungsrechten gleichstehende Publizität. Hierdurch soll die Sicherungsübereignung gegenüber Dritten eine Sicherungsfunktion erreichen⁵⁶³. Der TS nimmt bei der Sicherungsübereignung von Immobilien an, dass der Sicherungsnehmer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann⁵⁶⁴. Prinzipiell sind Treuhandübereignungen im *Registro de la Propiedad* eintragbar (Art. 2 Nr. 3 LH), was im Übrigen auch für auflösende und aufschiebende Bedingungen gilt⁵⁶⁵. Durch den Eintrag des Sicherungsgebers als Sicherungseigentümer im Grundbuch wird ein Schutz gegen gutgläubigen Erwerb Dritter vom nichtberechtigten Sicherungsnehmer erreicht. Die Vorzüge eines heimlichen Sicherungsrechts werden hierdurch jedoch eingebüßt⁵⁶⁶. Über die Eintragbarkeit der Sicherungsübereignung im Grundbuch entscheidet allerdings die DGRN, die eine Eintragung in mehreren Fällen bereits verweigert hat⁵⁶⁷ (vgl. hierzu in diesem Kapitel F.I.2.e).

Im spanischen Recht existieren verschiedene Erscheinungsformen der Sicherungsübereignung. Dogmatisch zu unterscheiden ist zwischen dem Institut der Sicherungstreuhand (*fiducia cum creditore*) bzw. dem Sicherungsverkauf (*venta en garantía* oder *venta a carta de gracia* oder *transmisión fiduciaria*) und dem Verkauf mit vertraglich vereinbartem Wiederkaufsrecht (*retracto convencional*⁵⁶⁸ oder *pacto de retroventa*)⁵⁶⁹. Eine Unterscheidung ist oftmals

⁵⁶¹ Neue Fassung der *Ley del impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados*, Real Decreto Ley 1/93 vom 24. September 1993 (ACRL, 2849) und Ley 2/94 vom 30. März 1994 (BOE vom 4. April 1994).

⁵⁶² De Ángel Yagüez, RCDI 1973, 47, 54; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 83, 84.

⁵⁶³ De Ángel Yagüez, RCDI 1973, S. 47, 60; De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 379 ff.; Rojo Ajuria, ADC 1989, S. 717, 763 f.; Schröder, INF 2000, S. 93, 107.

⁵⁶⁴ SSTs 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580) u. 30.1.1991 (ARJ 1991, 349).

⁵⁶⁵ Art. 9 Nr. 2, 11, 23 LH, 175 Nr. 6, 51 Nr. 6 RH.

⁵⁶⁶ Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 200; Grube, RIW 1991, S. 887, 890; Schröder, INF 2000, S. 93, 107.

⁵⁶⁷ DGRN 30.6.1987 (CCJC 1987, S. 4929 ff.); 5.6.1991 (ARJ 1991 Nr. 4649).

⁵⁶⁸ *Retracto convencional* ist hier aber nicht mit der Bezeichnung „*retracto convencional*“ für das vertragliche Rückkaufsrecht in der Kompilation Navarras in Ley 464 CompN gleichzusetzen.

⁵⁶⁹ In der Rechtsprechung hierzu SSTs 23.4.2004 (ARJ 2004, 3490); 26.4.2001 (ARJ 2001, 2037); 3.3.1995 (ARJ 1995, 1776); 24.5.1988 (ARJ 1988 4331); 14.12.1966 (ARJ 1966, 5753) u. 23.3.1957 (ARJ 1957, 1177). Zur Problematik des vertraglichen Wiederkaufsrechts und seiner Verbindung zur Sicherungsübereignung vgl. auch Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 204 f.; Albácar López,

schwierig, weshalb sich hier vor allem auf die Sicherungstreuhand konzentriert werden soll. Unter die Kategorie *venta en garantía* als Oberbegriff der Sicherungsübereignung⁵⁷⁰ fallen diejenigen Sicherungsgeschäfte, die nicht als Verkauf mit Wiederkaufsrecht ausgestaltet sind⁵⁷¹. Den Erscheinungsformen der Sicherungsübereignung ist gemein, dass ein Rückerwerbsrecht⁵⁷² die weiterhin bestehende Berechtigung des Sicherungsgebers bzw. die Beschränkung der Befugnisse des Sicherungsnehmers absichert. Dem Sicherungsnehmer steht es im Übrigen frei, ob er den Erwerb des sicherungsübereigneten Grundstücks im Grundbuch eintragen lässt oder ob er nur die Übertragung öffentlich beurkunden lässt. Sind in der öffentlichen Übertragungsurkunde vertragliche Beschränkungen hinsichtlich des Sicherungsguts vorgesehen, kann das zuständige Grundbuchamt unter Umständen die Eintragung der Eigentumsposition ablehnen⁵⁷³.

2. Stand der Diskussion

a) Literatur

Eine gesetzliche Regelung der Treuhand fehlt im gesamtspanischen *Código Civil*. Nur im Foralrecht von Navarra findet sich eine Regelung (vgl. in diesem Kapitel G.I.1.b). Die Treuhand des gesamtspanischen Rechts wurde von der Rechtsprechung und der Lehre entwickelt und konkretisiert. Die ursprünglich geführte Diskussion um die Tauglichkeit der Sicherungsabrede als eigenständiger Rechtsgrund hat sich nunmehr auf das Problem der grundsätzlichen Zulässigkeit des Instituts verlagert.

In Spanien war zunächst streitig, ob es sich bei der Sicherungsübereignung um zwei rechtlich selbständige, aber inhaltlich verbundene (sog. Doppeleffekt-Theorie) oder um ein einziges komplexes Rechtsgeschäft handelt. Nach der vom deutschen und italienischen Recht gepräg-

Comentarios al CC, Bd. V, Art. 1507, S. 386 ff.; *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd. III.2, S. 389; *Arechederra Aranzadi*, RDP 1980, S. 123, 124; *Blasco Gascó*, Derechos reales y derecho inmobiliario registral, S. 617; *Castán Tobeñas*, Derecho civil, Bd. IV, S. 168; *Díez-Picazo*, Fundamentos, Bd. III, S. 865; *Herández Gil*, in: *Obras Completas*, Bd. IV, S. 433 ff.; *Rivera Fernández*, La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio, S. 48; *Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill*, Derecho Hipotecario, Bd. V, S. 636, 639; *Rodríguez Rosado Martínez-Echeverría*, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 147 ff.; *Rubio Torrano*, El pacto de retroventa.

⁵⁷⁰ *Gete-Alonso*, Manual de derecho civil, Bd. II, S. 646; *Fuenteseca*, El negocio fiduciario en la jurisprudencia del TS, S. 78 sieht den Grund für die Gleichstellung der Begriffe “*fiducia cum creditore*” und “*venta en garantía*” im pandektischen Verständnis der Treuhand.

⁵⁷¹ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 84.

⁵⁷² Das Rückerwerbsrecht kann entweder vertraglich vereinbart werden, vgl. SSTS 6.7.1992 (ARJ 1992, 6186, S. 8058 ff.); 5.3.1991 (ARJ 1991, 1717, S. 2316 ff.) u. 14. März 1964 (ARJ 1964, 1422), oder aber in Form eines Wiederkaufsrechts oder einer Rückerwerbsoption bei der Übertragung des Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden. Darüber hinaus sind auch andere Gestaltungsvarianten denkbar. Vgl. hierzu *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 84, 85; *Duran Rivacoba*, La propiedad, S. 229.

⁵⁷³ Vgl. hierzu auch *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 85.

ten Doppeleffekt-Theorie (*teoría del doble efecto*⁵⁷⁴) sollte die Sicherungsübereignung aus zwei selbständigen Verträgen bestehen, die durch den vorgesehenen Zweck der Sicherung verbunden sind. Da jedoch ein solches Verständnis mit der spanischen Rechtsordnung, dem Prinzip des *título y modo*, unvereinbar ist, wurde die *teoría del doble efecto* von der Lehre mehrheitlich abgelehnt⁵⁷⁵ und ist nunmehr als aufgegeben anzusehen⁵⁷⁶. Die Einheit dieses fiduziarischen Rechtsgeschäfts ist daher notwendige Folge des in Spanien geltenden Kausalitätsprinzips (Art. 609 CC)⁵⁷⁷.

Hieran schließt sich die zentrale Problematik der Sicherungsübereignung an, die in der Frage nach einem anerkannten Rechtsgrund wurzelt. Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein spezifischer Rechtsgrund (*causa*) bei jedem Rechtsgeschäft erforderlich (Art. 1275 CC)⁵⁷⁸, mithin auch bei einem treuhänderisch geprägten. Ebenso erfordert die Eigentumsübertragung im spanischen Recht einen bestimmten Rechtsgrund. Denn das Eigentum geht nach Art. 609 Abs. 2 CC nur aufgrund bestimmter schuldrechtlicher Verträge über, die wiederum selbst eines angemessenen Rechtsgrundes (*causa*) nach Art. 1274 CC bedürfen (Art. 1261 Nr. 3, 1275 CC). Als Rechtsgründe für die Sicherungsübereignung kommen die Kreditgewährung und der von den Parteien verfolgte Sicherungszweck in Betracht. Beide stellen aber nach der herrschenden Meinung im Schrifttum⁵⁷⁹ keinen solchen angemessenen Rechtsgrund i.S.v. Art. 1274 CC dar. Hiernach käme es gar nicht zur Eigentumsübertragung⁵⁸⁰. Auf Grund dessen wird die Sicherungsübereignung von der herrschenden Literatur als unzulässig erachtet. Begründet wird dies ferner damit, dass die Übertragung des Vollrechts und die beschränkende Sicherungsabrede nicht als einheitliche *causa* miteinander in Einklang zu bringen seien⁵⁸¹. So würde die auf einer kaufvertraglichen Überlassung beruhende Übertragung des Eigentums nicht dem Parteiwillen entsprechen. Vielmehr gehe es nur um die Gewährung eines Verwertungsrechts und damit um ein Kreditgeschäft. Der Rechtsgrund für das Übertragungsgeschäft – eine entgeltliche Gegenleistung – sei daher nicht gegeben, denn auch die Sicherungsabrede

⁵⁷⁴ Castán Tobeñas, Derecho civil, común y foral, Bd. I Teil 2, S. 726 ff.; Garrigues, Negocios fiduciarios en derecho mercantil, S. 39; angewandt vom TS 18.2.1965 (ARJ 1965, 882).

⁵⁷⁵ De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 379 ff.; vgl. De los Mozos, El negocio jurídico, S. 463-484; Díez-Picazo/Gullón, Sistema de derecho civil, Bd. II, S. 68 ff.

⁵⁷⁶ So auch Vidal Martínez, La venta en garantía en el derecho común español, S. 217; Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 196.

⁵⁷⁷ De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 379 ff.; Albaladejo, El negocio jurídico, S. 215 ff.

⁵⁷⁸ Albaladejo, Derecho civil, Band I.2, S. 274 ff.; Díez-Picazo, Fundamentos, Band I, S. 239 f.

⁵⁷⁹ Albaladejo, Derecho Civil, Bd. I, Teil 2, S. 265; Díez-Picazo/Gullón, Sistema de Derecho Civil, Bd. 2, S. 69; De los Mozos, El negocio jurídico, S. 472 f.; a.A. Lacruz Berdejo, Elementos de derecho civil Bd. I, Teil 3, S. 216 f.

⁵⁸⁰ De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 419 ff.; von Gerlach, Der Einfluss des deutschen und französischen Rechts auf den Eigentumserwerbsschutz beweglicher Sachen im spanischen Recht, S. 173.

⁵⁸¹ Albaladejo, Derecho Civil, Band I., S. 279; De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 379 ff.; Durán Rivacoba, La propiedad, S. 163 f.

für sich genommen könnte den fehlenden Rechtsgrund nicht ersetzen⁵⁸². Mithin sei der Kaufvertrag ein verdecktes und unwirksames Geschäft⁵⁸³ und das wirklich gewollte Rechtsgeschäft nicht geeignet, das Eigentum zu übertragen⁵⁸⁴. Einem kausalistischen System sei die strenge Unterscheidung zwischen rein obligatorisch wirkenden und dinglich wirkenden Beschränkungen fremd, denn vertraglich und dinglich wirkende Erwerbsvorrechte würden insoweit gleich behandelt⁵⁸⁵. Die Treuhand könne demzufolge in einer solchen Ordnung keine Berechtigung finden. Derartige Gestaltungen fielen unter Geschäftsführung oder Verwaltung⁵⁸⁶. Anhaltspunkte für eine Verdeckungsabsicht seien, dass die Besitzaufgabe von der Nichterfüllung durch den Schuldner und Sicherungsgeber abhängig ist und der Kaufpreis mit dem Darlehensbetrag einschließlich der Zinsen übereinstimmt⁵⁸⁷. Zum Teil wird in der Literatur aber auch die Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Verwertungsformen als Grund für die Ablehnung atypischer Sicherheiten angeführt⁵⁸⁸.

Nach Auffassung der Literatur soll dem Treuhänder daher statt des Eigentums ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache bis zur Tilgung seiner Forderung zustehen⁵⁸⁹. Das einfache Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Sicherungsnehmer aber kein Verwertungs- bzw. Aussonderungsrecht. Offen bleibt daher, wie der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht geltend machen und verhindern soll, dass der Schuldner als Berechtigter über das Eigentum verfügt, wenn der Sicherungsgeber die Sache in seinem Besitz behält⁵⁹⁰. Das Zurückbehaltungsrecht ermöglicht dem Sicherungsnehmer lediglich die Aufrechterhaltung des Scheins des formalen Eigentums bis zur vollständigen Tilgung der gesicherten Forderung⁵⁹¹. Diese formale Eigentumsposition wird bei der Sicherungsübertragung von Immobilien durch Eintragung im Grundbuch erzielt.

⁵⁸² *De Castro y Bravo*, El negocio jurídico, S. 379 ff.; *Raposo Fernández*, La Ley 1996-VI, 1526, 1537.

⁵⁸³ *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 200 ff.; *Albaladejo*, AC, 1993, S. 663 ff.; *Bustos Peche*, ADC 1990, S. 539, 570; *De Castro y Bravo*, El negocio jurídico, S. 379 ff.; *Durán Rivacoba*, La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia, in: Estudios sobre ejecución universal, S. 4, 58 ff., 71; *Puig Brutau*, Fundamentos, Band II.1, 1998, S. 463-470; *Díez-Picazo*, Fundamentos, Bd. I, S. 234 plädiert dafür, *causa* und wirtschaftliche Funktion des Geschäfts auseinanderzuhalten.

⁵⁸⁴ *Albaladejo*, AC 1993, S. 663 ff.; *derselbe*, Derecho Civil, Bd. I, S. 280; *Feliu Rey*, La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, S. 112; *Fuenteseca*, El negocio fiduciario, S. 66 ff., 195, 207.

⁵⁸⁵ Differenzierend *Rubio Torrano*, El pacto de retroventa, S. 174 f.; *Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría*, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 158 ff.; ähnlich die Entscheidung der DGRN 5.6.1991 (ARJ 1991, 4649) und *Sánchez Lorenzo*, Garantías reales en el comercio internacional, S. 160 f.

⁵⁸⁶ *Fuenteseca*, El negocio fiduciario, S. 210; *Perez de Ontiveros*, RJN 1991 (2), S. 43, 60.

⁵⁸⁷ *Durán Rivacoba*, in: Estudios sobre ejecución universal, S. 4, 62.

⁵⁸⁸ *Bustos Peche*, ADC 1990, S. 539, 550, 569 ff.; *Perez de Ontiveros*, RJN 1991 (2), S. 43, 62.

⁵⁸⁹ *Albaladejo*, AC 1993, S. 663, 675; *Castro y Bravo*, El negocio jurídico, S. 433 ff.

⁵⁹⁰ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 87; *Rodríguez-Rosado Martínez Echeverría*, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 124 ff., der auf die Gefahr einer fortbestehenden Berechtigung hinweist.

⁵⁹¹ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 202; *Vidal Martínez*, La venta en garantía en el derecho civil común español, S. 224 ff.

b) Rechtsprechung des Tribunal Supremo

Auch die Rechtsprechung des *Tribunal Supremo* (TS) bringt kein Licht ins Dunkel der Problematik. Denn diese lässt weder hinsichtlich der Begrifflichkeit noch bezüglich der Funktionsweise der Sicherungsrechte eine einheitliche Linie erkennen. So werden die Begriffe „Sicherungstreuhand“ (*pacto de fiducia cum creditore*), „Sicherungsverkauf“ (*venta en garantía*) und „Wiederverkaufsvereinbarung“ (*pacto de retroventa*) in den Entscheidungen des TS oftmals als austauschbare Bezeichnungen für dasselbe Rechtsinstitut gebraucht⁵⁹². Eine Abgrenzung zwischen Sicherungstreuhand und Sicherungsverkauf mit Wiederkaufsrecht erfolgt darum selten⁵⁹³. Häufig wird davon ausgegangen, dass es sich bei der Sicherungsübereignung um eine Form der Treuhand handelt⁵⁹⁴.

Die Übertragung des Eigentums zur Sicherung der Rückzahlung eines Darlehens wird von der Rechtsprechung nicht als verdecktes und damit nichtiges Geschäft betrachtet⁵⁹⁵. Allerdings hat der TS bislang auf eine Stellungnahme zu der von der Literatur aufgeworfenen Frage nach dem zugrunde liegenden Rechtsgrund des Sicherungsgeschäfts verzichtet. Oftmals wird auf die Vertragsfreiheit Bezug genommen und festgestellt, dass eine Beschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien bei Sicherungsgeschäften nur durch Gesetz, die guten Sitten und die öffentliche Ordnung erfolgen kann und die Sicherungsabrede (*causa fiduciae*) einen tauglichen Rechtsgrund darstellt⁵⁹⁶. Der einem Übertragungsgeschäft zugrunde liegende Rechtsgrund kann daher nicht nur ein typischer Vertrag, wie Kauf, Tausch oder Schenkung, sondern auch der Sicherungszweck sein⁵⁹⁷. Die Rechtsprechung hat jedoch in mehreren Entscheidungen

⁵⁹² SSTS 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349) u. 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748); die Entscheidung vom 2.6.1982 (ARJ 1982, 3402) behandelt die „venta en garantía“ als Erscheinungsform der „fiducia cum creditore“.

⁵⁹³ Gete Alonso y Calera, CCJC 1991 (27), Nr. 705, 759, 762; Perez de Ontiveros, RJN 1991, S. 43, 54; Rubio Torrano, El pacto de retroventa, S. 162; Rodríguez Rosado Martínez Echeverría, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 161 f.; vgl. z.B. SSTS 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); 5.3.1991 (ARJ 1991, 1717); 14.5.1990 (ARJ 1990, 3729) u. 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748); vgl. auch STS 6.6.1995 (ARJ 1995, 5054). Nur vereinzelt wird zwischen Treuhand und dinglich wirkendem Wiederkaufsrecht – vgl. SSTS 2.12.1996 (ARJ 1996, 8784), 14.12.1966 (ARJ 1966, 5753) – bzw. Wiederkaufsrecht u. Sicherungstreuhand (*fiducia cum creditore*) differenziert, vgl. STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); andeutungsweise SSTS 8.10.1981 (ARJ 1981, 3589), 4.6.1982 (ARJ 1982, 3403); 3.5.1976 (ARJ 1976, 1987); Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 88.

⁵⁹⁴ SSTS 18.3.1997 (ARJ 1997, 1982); 14.12.1996 (ARJ 1996, 1253); 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422); 5.7.1993 (ARJ 1993, 5794); 6. Juli 1992 (ARJ 1992, 6186); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349); 5.3.1991 (ARJ 1991, 1717); 7.3.1990 (ARJ 1990, 1674); 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607) u. 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); widersprüchlich STS 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); Vidal Martínez, La venta en garantía, S. 229; Duran Rivacoba, La propiedad, S. 165.

⁵⁹⁵ SSTS 14.2.1996 (ARJ 1996, 1253); 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422); 22.2.1995 (ARJ 1995, 1700); 5.6.1993 (ARJ 1993, 5794); 6.7.1992 (ARJ 1992, 6186); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349); 16.5.1990 (ARJ 1990, 3733); 7.3.1990 (ARJ 1990, 1674); 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); 25.2.1988 (ARJ 1988, 1305) und 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); so auch Díez-Picazo/Gullón, Sistema, Bd. I, 1998, S. 542; Castán Tobeña, Derecho Civil, Band I.2, S. 727; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 88 f.

⁵⁹⁶ SSTS 30.1.1991 (ARJ 1991, 349); 16.5.1990 (ARJ 1990, 4961) und 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607).

⁵⁹⁷ STS 16.5.1990 (ARJ 1990, 3733).

eine wirksame Übertragung an den Sicherungsnehmer abgelehnt und deswegen die Sicherungsübereignung für nichtig erklärt⁵⁹⁸. Es handelte sich um Fälle, bei denen der Wille der Parteien, das Eigentum zu übertragen, nicht hinreichend deutlich war, weil nur der Darlehensvertrag beurkundet worden war⁵⁹⁹, oder aber um wucherartige Geschäfte. Die von der Rechtsprechung bis in die siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts vertretene Theorie von der Doppelwirkung der Treuhand (*doblo efecto*)⁶⁰⁰, wurde vom TS ausdrücklich aufgegeben⁶⁰¹.

Nach der neueren Rechtsprechung führt die *fiducia cum creditore* zur Aufspaltung der Inhaberschaft in formelles oder externes Eigentum des Sicherungsnehmers und materielles oder internes Eigentum des Sicherungsgebers⁶⁰². Der Sicherungsnehmer wird daher nicht wirklich Eigentümer der übertragenen Sache⁶⁰³. Während des Sicherungszeitraumes ist ihm die Veräußerung des Sicherungsguts untersagt. Die Übertragung der Eigentümerposition soll aber gegenüber gutgläubigen Dritten Wirkung entfalten⁶⁰⁴, so dass vom Sicherungsnehmer gutgläubig Eigentum erworben werden kann. Hierbei werden die Voraussetzung für den Erwerb vom Nichtberechtigten angewandt⁶⁰⁵. Dritterwerber können bereits durch einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag, der das Eigentum übergehen lässt, gutgläubig Eigentum am Sicherungsgut erlangen (Art. 609, 1462 Abs. 2 CC)⁶⁰⁶, oder wenn der Sicherungsnehmer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (Art. 34 LH)⁶⁰⁷. Während der Sicherungsphase darf der Sicherungsgeber nicht über das Sicherungsgut verfügen. Da er aber nach spanischem Recht

⁵⁹⁸ SSTs 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583); 26.4.1991 (ARJ 1991, 3064); 11.10.1990 (ARJ 1990, 7857); 14.5.1990 (ARJ 1990, 3729) u. 18.4.1988 (ARJ 1988, 3174).

⁵⁹⁹ STS 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583): der Wille zur Übertragung des Eigentums und der Kaufpreis war nicht beurkundet wurden. Die DGRN hatte mit Beschluss v. 30.6.1987 die Eintragung des Vertrages verweigert.

⁶⁰⁰ SSTs 4.1.1956 (ARJ 1956, 244); 10.11.1958 (ARJ 1958, 4190); 5.12.1959 (ARJ 1959, 4880); 30.10.1965 (ARJ 1965, 4752); 18.12.1965 (ARJ 1965, 882); 21.3.1969 (ARJ 1969, 1520); 28.12.1973 (ARJ 1973, 4984) u. 30.4.1977 (ARJ 1977, 1699).

⁶⁰¹ Vgl. SSTs 18.3.1997 (ARJ 1997, 1982); 5.6.1993 (ARJ 1993, 5794); 6. Juli 1992 (ARJ 1992, 6186); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349); 7.3.1990 (ARJ 1990, 1674); 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); so auch *Vidal Martínez*, La venta en garantía, S. 217; unklar bzgl. der Theorie vom *doblo efecto*, ansonsten aber übereinstimmend: STS 7. Mai 1991 (ARJ 1991, 3583); a.A. wohl noch STS 19.6.1997 (ARJ 1997, 5418).

⁶⁰² STS 17.9.2003 (ARJ 2003, 6419); 17.9.2002 (ARJ 2002, 8558); 17.7.2001 (ARJ 2001, 6860); 26.4.2001 (ARJ 2001, 2037); 14.2.1996 (ARJ 1996, 1253); 19.5.1989 (ARJ 1989, 3780); so auch *Díez-Picazo/Gullón*, Sistema, Bd. I, S. 540; *Arroyo I Amayuelas*, CCJC 2004 (65), 1745, S. 665, 667.

⁶⁰³ STS 5.12.2001 (ARJ 2001, 19934).

⁶⁰⁴ SSTs 30.3.1997 (ARJ 1997, 1982); 19.6.1997 (ARJ 1997, 5418) und 12.2.1988 (ARJ 1988, 942); kritisch in Bezug auf den Mangel an Publizität: *Bouza Vidal*, Las garantías, S. 76; *Sánchez Lorenzo*, Garantías reales en el comercio internacional, S. 175 f.

⁶⁰⁵ Vgl. auch SSTs 3.2.1998 (ARJ 1998, 400); 13.2.1997 (ARJ 1997, 944); 24.10.1990 (ARJ 1990, 8044).

⁶⁰⁶ Dritte, die Kenntnis vom Widerspruch zur treuhänderischen Bindung haben, können daher kein Eigentum erwerben. *Díez-Picazo/Gullón*, Sistema, Bd. I, S. 540 f.; *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. II.1, S. 477; *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 91.; a.A. die ältere Lehre: *Garrigues Díaz-Cañabate*, Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil, S. 20. Hält sich der Sicherungsnehmer dagegen an die treuhänderischen Vereinbarungen, erwirbt der Dritte vom Berechtigten, STS 22.2.1995 (ARJ 1995, 1700).

⁶⁰⁷ STS 21.3.1969 u. 12.2.1988 (ARJ 1988, 942); *De Castro y Bravo*, EL negocio jurídico, S. 435; *Díez-Picazo/Gullón*, Sistema de derecho civil, Bd. I, S. 557; *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. I, Teil 3., 1984, S. 227; *Vidal Martínez*, La venta en garantía en el Derecho español común, S. 228.

sein Eigentum am Sicherungsgut nicht verliert, ist eine vertragswidrige Verfügung wirksam und dem Sicherungsnehmer bleiben nur Schadensersatzansprüche⁶⁰⁸. Wenn der Sicherungsnehmer allerdings nicht als Berechtigter über das Sicherungseigentum verfügen kann⁶⁰⁹, stellt sich die Frage, was überhaupt der Inhalt des formellen Eigentums sein soll. Denn dem „treuhänderisch gebundenen Eigentum“ wird hierdurch gerade seine wesentliche Funktion genommen⁶¹⁰. Die künstliche Aufspaltung der Eigentümerposition, die je nach Beteiligung gutgläubiger Dritter unterschiedlich bewertet wird, ist letztlich eine Fiktion⁶¹¹, die nur schwerlich Unterstützung finden kann.

c) Rechtsgrund der Sicherungsgeschäfte

In der spanischen Rechtsordnung wurde die Anerkennung und dogmatische Begründung der Sicherungsgeschäfte von Beginn an vom herrschenden Verständnis der *causa*⁶¹² behindert. So wird für die Festlegung des Rechtsgrundes die wirtschaftliche Abhängigkeit des Sicherungsgeschäfts vom zugrunde liegenden Darlehensgeschäft herangezogen⁶¹³. Diese Abhängigkeit bewirkt, dass nur ein dinglich beschränktes, fiduziarisches Eigentum entsteht⁶¹⁴. In einem kausalistischen System wie dem spanischen hat die Abhängigkeit vom gesicherten Darlehensgeschäft automatisch die Bedingtheit des Bestandes des Sicherungsrechts von der Wirksamkeit des Darlehensgeschäft zur Folge⁶¹⁵. War die *causa* anfänglich unwirksam, ändert sich die dingliche Rechtslage auch für das Sicherungsgeschäft rückwirkend⁶¹⁶. Bei den vom TS unterschiedenen Fällen kam es somit unterschiedslos zur Nichtigkeit des gesamten Geschäfts.

Die enormen Schwierigkeiten, die bei der Festlegung der Rechtsnatur der treuhänderischen Berechtigung auftreten, beruhen nach Ansicht der Lehre darauf, dass nur in Rechtsordnungen

⁶⁰⁸ Schröder, INF II/2000, S. 93, 108; Hundertmark, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 204.

⁶⁰⁹ SSTs 12.2.1988 (ARJ 1988, 942); 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); anders noch STS 18.2.1965 (ARJ 1965, 882).

⁶¹⁰ Rodríguez Rosado Martínez-Echeverría, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 116 ff.; Rojo Ajuria, ADC 1989, S. 717, 764; Vidal Martínez, La venta en garantía, S. 221.

⁶¹¹ Arroyo I Amayuelas, CCJC 2004 (65), 1745, S. 665, 670; Badosa Coll, in: Libro-Homenaje Díez-Picazo, Bd. I, S. 223, 225; Ginebra Molins, CCJC 2002 (59), § 1696, 767; Pantaleón Prieto, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Bd. II, S. 4407, 4408, der hier sogar von einem „*absurdo jurídico*“ spricht.

⁶¹² Ebenso war in Deutschland die fiduziarische Sicherungsabrede nicht stets als eine den Eigentumsübergang rechtfertigende *causa* anerkannt, vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, S. 56; Kleene, Die Orientierung der Rechtsprechung an wirtschaftlichen Interessen, S. 90 ff.

⁶¹³ Rojo Ajuria, ACD 1989, S. 717, 775; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 92; Sánchez Lorenzo, Garantías reales en el comercio internacional, S. 162.

⁶¹⁴ Sánchez Lorenzo, Garantías reales en el comercio internacional, S. 169; vgl. auch STS 5.5.1995 (ARJ 1995, 5576).

⁶¹⁵ De Castro y Bravo, El negocio jurídico, S. 431; Sánchez Lorenzo, Garantías reales en el comercio internacional, S. 163.

⁶¹⁶ So Gullón, in: Sistema, Bd. III, S. 71.

mit Abstraktionsprinzip eine sinnvolle Integration der Treuhand möglich sei⁶¹⁷. Die für das Treuhandgeschäft nötige Abstrahierung des dinglichen Geschäfts sei in Rechtsordnungen mit Kausal- bzw. Konsensprinzip höchstens durch vertragliche Vereinbarungen erreichbar. In der Tat wird im spanischen Recht die dogmatische Einordnung der Sicherungstreuhand durch das überwiegend pandektische Verständnis der Treuhand und das Abstraktionsprinzip erschwert⁶¹⁸. Anders aber als im deutschen Recht wird bei dem in Spanien für den Erwerb dinglicher Rechte geltenden Einheitsprinzip nicht zwischen schuldrechtlicher und dinglicher Berechtigung unterschieden. Auch die sachenrechtliche Begründung der treuhänderischen Berechtigung führt unter dem Kausalprinzip zu einer Abhängigkeit des Sicherungsrechts vom Bestand der gesicherten Forderung. Entfällt der Sicherungszweck, kommt es aufgrund der Unwirksamkeit des gesicherten Geschäfts automatisch zur Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung⁶¹⁹. Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers ist daher im Vergleich zu seiner Stellung nach dem Abstraktionsprinzips ungleich schwächer⁶²⁰. Da in Spanien das in Deutschland herrschende Abstraktionsprinzip nicht gilt, wird die Sicherungsübereignung konsequenterweise als pfandrechtsähnliches Recht behandelt. Den Bedürfnissen der Praxis wird damit aber nicht Rechnung getragen und der Verkehrsschutz wird eingeschränkt.

d) Verbot der Verfallsklausel

Durch das im spanischen Recht geltende Verbot der Verfallsklausel (*prohibición del pacto comisorio*, Art. 1859, 1884 CC) wird der Anwendungsbereich der Sicherungsübereignung stark eingeengt. Eine Verfallsklausel ist eine Parteivereinbarung, nach der sich der Gläubiger die Sache bei Nichtzahlung der Forderung trotz Fälligkeit ohne weitere Voraussetzung aneignen kann. Dem Verbot liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gläubiger mit der Sache einen den Forderungsbetrag übersteigenden Wert erlangt und dadurch anderen Gläubigern des Sicherungsgebers die Haftungsmasse entzieht⁶²¹. Dem Sicherungsnehmer soll nicht ermöglicht werden, die Sache einfach an sich zu nehmen, vielmehr soll er ihre Verwertung wie ein

⁶¹⁷ Albaladejo, Derecho Civil, Band I, S. 280; Fuenteseca, El negocio fiduciario, S. 17, 72; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 104.

⁶¹⁸ Aranda Rodríguez, La prenda de créditos, S. 144; Albaladejo, Derecho Civil, Band I, S. 280; Fuenteseca, El negocio fiduciario, S. 17, 72; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 104, 131, die ein pandektisches Verständnis der Treuhand ohne weiteres zugrunde legen. Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 29 f., 40; vgl. auch STS 6.4.1987 (ARJ 1987, 2494); Garrigues Díaz Cañabate, Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil, S. 99. Dieses in Spanien eng mit dem Abstraktionsprinzip verbundene Verständnis der Treuhand lässt sich auf die Übersetzung des Standardwerks von Serick zurückzuführen.

⁶¹⁹ Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 184.

⁶²⁰ Vgl. hierzu Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 93.

⁶²¹ STS 19.4.1997 (ARJ 1997, 3429), Durán Rivacoba, Estudios sobre ejecución universal, S. 4, 32; Feliú Rey, La prohibición del pacto comisorio y óa opción en garantía, S. 85; Reglero Campos, Tratado de garantías en la contratación mercantil, Bd. II.1, S. 417, 422.

Pfand- oder Hypothekengläubiger nur im Wege der öffentlichen Versteigerung erreichen können. Die *prohibición del pacto comisorio* soll sich nach der in Spanien herrschenden Ansicht auch auf Realsicherheiten des Gewohnheitsrechts erstrecken⁶²². Bei Sicherungsgeschäften liegt ein Verstoß gegen dieses Verbot dann vor, wenn der Erwerb lediglich vom Aneignungswillen des Gläubigers abhängt und der Schuldner damit keinen Einfluss mehr nehmen kann⁶²³. Eine Vereinbarung im Sicherungsvertrag, dass bei Nichtzahlung der gesicherten Forderung durch den Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer das Eigentum am Sicherungsgut automatisch zufallen soll, scheidet aus⁶²⁴, da eine solche Abrede nichtig ist⁶²⁵. Die Bestellung der Sicherheit ist von der Nichtigkeit einer solchen Klausel allerdings nicht betroffen⁶²⁶. Der TS hat in einigen Entscheidungen⁶²⁷ gleichwohl auf eine genaue Unterscheidung zwischen der Nichtigkeit der Verfallsabrede und der des Treuhandgeschäfts verzichtet, was auf die vielfältigen Interessen und die verschiedenen Unwirksamkeitsgründe zurückzuführen ist⁶²⁸.

e) Standpunkt der DGRN

Die DGRN (*Dirección General de los Registros y del Notariado* – Generaldirektion für Register und Notariat) spielt bei der Eintragung von Verträgen⁶²⁹ im Grundregister eine wichtige Rolle, da sie für die Prüfung der Eintragungsfähigkeit des Inhalts der vorgelegten Urkunden zuständig ist⁶³⁰. Ihre Entscheidung ist jedoch auf die Eintragungsfähigkeit der Abrede beschränkt, da der Behörde eine Beurteilung der grundsätzlichen Zulässigkeit vertraglicher Konstruktionen verwehrt ist⁶³¹. Über die Eintragung wird allein anhand der vorgelegten Dokumente entschieden⁶³². Die strenge Überprüfung der Eintragungsfähigkeit der vereinbarten

⁶²² SSTs 13.5.1998 (ARJ 1998, 3687); 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422) u. 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748). Bustos Pueche, ADC 1990, S. 539, 569; Carrasco Perera, CCJC 1987, S. 4932; Guilarte Zapatero, Ministerio de Justicia, Comentario del Código civil, Bd. 2, zu Art. 1859 CC m.w.N.

⁶²³ Vidal Martínez, La venta garantía, S. 205 und 220; Hellmich, Kreditsicherungsrechte, S. 103.

⁶²⁴ RRDGRN 30.6.1987 (Anuario de la DGRN 1987, S. 125 ff.) u. 5.6.1991 (ARJ 1991 Nr. 4649).

⁶²⁵ RRDGRN 30.6.1987 (Anuario de la DGRN 1987, S. 125 ff.) u. 5.6.1991 ARJ (1991) Nr. 4649; Guilarte Zapatero Ministerio de Justicia, Comentario del Código civil, Bd. 2, zu Art. 1859 CC.

⁶²⁶ STS 16.5.2000 (ARJ 2000, 5082); Bustos Pueche, ADC 1990, S. 539, 557 ff.; Díez-Picazo/Gullón, Sistema, Bd. III, 1997, S. 499; Durán Rivacoba, Estudios sobre ejecución universal, S. 4, 93; Gómez Galligo, AC 1992, Nr. 33, S. 533, 541; Sánchez Lorenzo, Garantías reales en el comercio internacional, S. 165 f.; Pantaleón Prieto, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Bd. III, S. 4407, 4408.

⁶²⁷ Wie beispielsweise die Entscheidung vom 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422).

⁶²⁸ Vgl. auch Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 163; SSTs 18.2.1997 (ARJ 1997, 1003); 13.3.1995 (ARJ 1995, 2422) sowie Beschluss der DGRN 5.6.1991 (ARJ 1991, 4649).

⁶²⁹ Eine Eintragung im spanischen Grundregister umfasst nicht nur das dingliche Verfügungsgeschäft, sondern die gesamte vertragliche Vereinbarung.

⁶³⁰ Vgl. RDGRN 8.4.1991 (ARJ 1991, 5445).

⁶³¹ Denn eine Beweiserhebung bzw. -würdigung und eine Überprüfung bestimmter Klauseln auf ihre Missbräuchlichkeit erfolgen hier nicht. Vgl. RDGRN 6.6.1992 (ARJ 1992, 6521).

⁶³² Vgl. Beschlüsse der DGRN 19.7.1991 (ARJ 1991, 3138) u. 8.4.1991 (ARJ 1991, 5445). Weitere zum Gegenbeweis geeignete privatschriftliche Vereinbarungen bedürfen einer gerichtlichen Kontrolle.

Rechtsposition hat ihre Ursache in den mit einer Eintragung verbundenen Verfügungs- und Verwertungsmöglichkeiten. So befähigt die Eintragung einer Sicherungsübereignung von Immobilien den Sicherungsnehmer zu Verfügungen und zur Vollstreckung⁶³³.

Ob ein Vertrag, der eine vollständige Sicherungsabrede enthält⁶³⁴, oder eine Sicherungsabrede selbst⁶³⁵ eintragungsfähig ist, hängt somit wesentlich von der Ansicht der DGRN ab und ist von der Frage, ob ein Sicherungsverkauf überhaupt vereinbart werden kann, zu unterscheiden. Die DGRN hat hierbei wiederholt die Eintragung eines Sicherungsverkaufs im Grundbuch aus verschiedenen Gründen verweigert⁶³⁶. Aus ihren Entscheidungen geht jedoch nicht hervor, dass sie dem Sicherungsverkauf gegenüber generell eine ablehnende Haltung einnimmt⁶³⁷ oder den Sicherungsverkauf grundsätzlich für unwirksam erachtet⁶³⁸. Der TS hat zudem mehrmals darauf hingewiesen, dass die Anerkennung der Wirksamkeit bestimmter Sicherungsgeschäfte nicht im Gegensatz zum Standpunkt der DGRN steht⁶³⁹. So geht auch die oberste Rechtsprechung allgemein davon aus, dass eine Eintragung des Sicherungseigentums im Eigentumsregister nach dem Hypothekengesetz zulässig ist⁶⁴⁰. Auf die Unterscheidbarkeit von Sicherungs- und Volleigentum wurde hier aber nicht eingegangen ist.

3. Verwertung

Bei der Verwertung des Sicherungsguts kommt der pfandrechtsähnliche Charakter der Sicherungsübereignung zum Vorschein. Denn möchte der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut verwerten, so ist er ähnlich einem Pfand- oder Hypothekengläubiger auf eine öffentliche Versteigerung angewiesen⁶⁴¹. Da der Sicherungsnehmer das Eigentum nicht als Vollrecht erwirbt,

⁶³³ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 108.

⁶³⁴ *Feliú Rey*, La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, S. 158: meint, dass für die Anwendung des Verbots der Verfallsklausel zwischen der Eintragungsfähigkeit und der allgemeinen Wirksamkeit der Vereinbarung differenziert werden kann; dagegen *Raposo Fernández*, La Ley 1996-VI, S. 1526, 1537.

⁶³⁵ *Gómez Galligo*, AC 1992, Nr. 33, S. 533, 534.

⁶³⁶ RRDGRN 18.10.1994 (ARJ 1994, 7798); 22.19.1992 (ARJ 1992, 6919); 5.5.1992 (ARJ 1992, 4837); 5.6.1991 (ARJ 1991, 4649); 8.4.1991 (ARJ 1991, 3138); 29.9.1987 (ARJ 1987, 7646) u. 30.6.1987 (ARJ 1987, 4843).

⁶³⁷ In diesem Sinne RDGRN 18.10.1994 (ARJ 1994, 7798); RDGRN 5.6.1991 (ARJ 1991, 4649).

⁶³⁸ Eine Eintragung der Rechtsposition wird vor allem dann verweigert, wenn diese zu stark von dem gesetzlich geregelten Model des Wiederkaufsrechts abweichen. Ausschlaggebend ist das gegen das Verbot der Verfallsklausel verstoßende einseitige Aneignungsrecht des Sicherungsnehmers, das auch der TS als maßgeblich erachtet.

⁶³⁹ SSTs 30.1.1991 (ARJ 1991, 349) u. 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607); so auch *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 110.

⁶⁴⁰ SSTs 30.1.1991 (ARJ 1991, 349) u. 8.3.1988 (ARJ 1988, 1607). Innerhalb der Literatur gehen die Meinungen auseinander, ob eine treuhänderische Berechtigung überhaupt eintragbar ist: dafür *Gómez Galligo*, AC 1992, Nr. 33, S. 533, 534; wiederum abhängig machend von einer einheitlichen Betrachtung des Sicherungsgeschäfts *Cámara de Lapuente*, RJN (2) 1992, S. 163, 171.

⁶⁴¹ *Hundertmark*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 203; a.A. *Albaladejo*, Derecho Civil, Bd. III, Teil 2, S. 233 f.; *Bouza Vidal*, Las garantías mobiliarias en el comercio internacional, S. 75.

kann der Sicherungsnehmer lediglich bevorzugte Befriedigung aus dem Sicherungsgut verlangen⁶⁴². Aufgrund dessen entspricht das Sicherungseigentum in Spanien inhaltlich eher einem pfandrechtsähnlichen Recht⁶⁴³. Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers wird zumeist als „fiduziarische Rechtsinhaberschaft“⁶⁴⁴ bezeichnet.

Während der Sicherungsphase steht dem Sicherungsnehmer gegenüber dem Sicherungsgeber ein *ius retinendi* zu⁶⁴⁵. Solange der Sicherungsgeber die gesicherte Forderung noch nicht vollständig erfüllt hat, ist der Sicherungsnehmer daher nicht verpflichtet, das beschränkt dinglich wirkende Sicherungsrecht sowie den Schein des formalen Eigentums aufzugeben. Letzteres ist jedoch nur im Falle einer Eintragung des Sicherungsnehmers als Eigentümer im Register von Bedeutung⁶⁴⁶. Wenn kein Rechtsschein gesetzt wurde, entspricht das *ius retinendi* der Einrede eines nichterfüllten Vertrages⁶⁴⁷.

Gegen Drittgläubiger kann sich der Sicherungsgeber in Spanien mit einer Drittwiderspruchsklage (*tercería de dominio*, Art. 595 ff. LEC n.F.⁶⁴⁸) gegen die Pfändung des Sicherungsgutes durch Gläubiger des Sicherungsnehmers zur Wehr setzen⁶⁴⁹. Dem Sicherungsnehmer, der nicht Eigentümer des Sicherungsgutes geworden ist, bleibt diese Möglichkeit verwehrt⁶⁵⁰.

II. Insolvenzrechtliche Behandlung

Die bei der Sicherungsübereignung bereits auf zivilrechtlicher Ebene bestehenden Schwierigkeiten setzen sich im Bereich des Insolvenzrechts fort. Fragen werden insbesondere bei der Anwendbarkeit von Art. 56 LC und der Zuerkennung eines besonderen Privileges nach Art. 90 LC aufgeworfen, da die Sicherungsübereignung weder in diesen beiden noch in sonst einer Vorschrift des Konkursgesetzes aufgegriffen ist. Die Konkursfestigkeit der Sicherungsübereignung ist daher anzuzweifeln.

⁶⁴² SSTs 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); 25.2.1988 (ARJ 1988, 1305); 30.1.1991 (ARJ 1991, 349) u. 6.7.1992 (RDP 1993, S. 480 ff.)

⁶⁴³ STS 19.5.1989 (AC 1989, S. 860); *Rojo Ajuria*, ADC 1989, S. 717 763; *Schröder*, INF 2000, S. 93, 106.

⁶⁴⁴ „*Titularidad fiduciaria*“ wurde von *De Castro*, *El negocio jurídico*, S. 422 ff. geprägt und findet sich auch in den Entscheidungen des TS seit dem Urteil vom 21.3. 1969 (ARJ 1969, 1520).

⁶⁴⁵ SSTs 19.5.1982 (ARJ 1982, 2580); 25.2.1988 (ARJ 1988, 1305); 22.12.1988 (ARJ 1988, 9748).

⁶⁴⁶ *Hundertmark*, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten*, S. 202.

⁶⁴⁷ *Carrasco Perera*, CCJC 1987, S. 4932, 4937; *Vidal Martínez*, *La venta en garantía*, S. 224 ff.

⁶⁴⁸ Art.1532 ff. LEC von 1881 (a.F.).

⁶⁴⁹ *Marín López*, in: *Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López*, *Tratados de los Derechos de garantía*, S. 1069; *Marín López*, CCJC 2001 (58), § 1568; *Para Martín*, in: *Homenaje Díez-Picazo*, Bd. I, S. 723, 732; *Cámara Lapuente*, RCDI 1999, S. 1756, 1810; *Pérez de Ontiveros*, RJN 1991, S. 66; *Gómez Galligo*, AC 1992, S. 546; *De Angel Yagüez*, RCDI 1973, S. 47, 57.

⁶⁵⁰ SSTs 7.5.1991 (ARJ 1991, 3583); 13.7.1999 (ARJ 1999, 5047); SAP Madrid 23.2.1998 (AC 1998, 4994); SAP Zaragoza 2.11.2002 (JUR 2002, 18712).

1. Wirkungen der Sicherungsübereignung im Konkurs

Sieht man in der Sicherungsübereignung ein im Wesentlichen wirksames Geschäft, das einen ausreichenden Rechtsgrund beinhaltet, um die schuldrechtlichen Wirkungen entsprechend dem Willen der Parteien zu erzeugen, wie dies von der Rechtsprechung vertreten wird⁶⁵¹, so ist dieser wirksame Vertrag im Konkurs einwendbar, soweit er nicht als die Masse schädigend angefochten wird. Die Konkursverwalter haben diese Wirksamkeit anzuerkennen. Denn weder sie noch die Konkursmasse sind Dritte im Sinne von Art. 1257 CC. Sie können sich daher nicht als von den fiduziarischen Verpflichtungen, die vom Sicherungsgeber oder -nehmer vereinbart wurden, entbunden erachten. Obwohl der Vertrag der Sicherungsübereignung vorgetäuscht ist, findet zugunsten der Masse nicht die allgemeine Regel Anwendung. Diese besagt, dass die Vertragspartner gutgläubigen Dritten nichts entgegenhalten können, weil die publik gemachte Inhaberschaft nur vorgetäuscht ist. Die Aktiv- oder Passivmasse ist aber kein Dritter, der gehandelt hat, weil er auf eine offensichtliche Inhaberschaft vertraut hat. Ebenso wie die insolventen Vertragspartner ist die Konkursmasse demzufolge an die Vereinbarungen gebunden. Der Konkurs von Sicherungsgeber oder -nehmer kann von den jeweiligen Konkursverwaltern strategisch nicht zur Konsolidierung einer dinglichen Rechtsposition genutzt werden, um die andere Partei auf die Stellung eines Konkursgläubigers zu verweisen⁶⁵².

2. Keine Privilegierung

Besondere Probleme bereitet die Frage, ob der Sicherungsübereignung ein Vorzugsrecht bei der Befriedigung zuerkannt werden kann oder nicht. Denn die Sicherungsübereignung (*fiducia cum creditore*) ist weder in Art. 90 Abs. 1 LC noch an einer anderen Stelle im neuen Konkursgesetz erwähnt. Das Gesetz hat die Sicherungsübereignung somit nicht ausdrücklich als Sicherheit aufgegriffen, die einer Forderung ein solches Privileg zukommen lassen würde. Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC, denn hiernach wird im Konkurs kein anderes Vorzugsrecht oder Privileg zugelassen, das nicht im Konkursgesetz selbst Anerkennung gefunden hat.

Trotz der Bestimmung in Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC und dem gesetzlichen Schweigen wird vereinzelt angenommen⁶⁵³, dass der Sicherungsübereignung ein eigenes Vorzugsrecht zustünde, wenn der Besitz des Sicherungsguts auf den Gläubiger oder auf einen Dritten übertragen wurde. Verwiesen wird hier auf die Parallele zur Antichrese als „Immobiliarpfandrecht“ und deren

⁶⁵¹ SSTs 23.4.2004 (ARJ 2004, 3490) u. 7.3.1990 (ARJ 1990, 1674).

⁶⁵² Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 218.

⁶⁵³ Vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 533.

Anerkennung im Konkurs nach Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 LC (vgl. in diesem Kapitel E.II). Gelten müsse dies daher auch für die Sicherungsübereignung von Immobilien, deren Besitz vom Sicherungsgeber auf den Gläubiger oder auf einen Dritten übergehe, so dass auch hier ein Befriedigungsprivileg gelte⁶⁵⁴. Eine Erstreckung des Privileges aus Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC auf solche *fiducias cum creditore*, die körperliche Sachen oder Rechte erfassen, die den Besitz nicht wechseln, aber im Eigentums- oder Mobiliarregister eingetragen sind, wird von dieser Ansicht hingegen abgelehnt. Denn nach der geltenden Registerrechtsprechung⁶⁵⁵ könne eine solche Eintragung nur erzielt werden, wenn die Sicherungsübereignung hinter einem anderen Rechtsgeschäft verborgen bleibt, das einen ausreichenden Grund für die Übertragung des Eigentums darstellt⁶⁵⁶.

Nach anderer Auffassung könne dem Sicherungsnehmer als Gläubiger, der die Sicherheit „realisiert“, logischerweise keinerlei Konkursprivileg zuerkannt werden⁶⁵⁷. Der Sicherungsnehmer könne nur dazu übergehen, die Sache durch eine Vollstreckung nach den allgemeinen Regeln zu verwerten. Zur Erlangung eines Vollstreckungstitels müsse er erst eine Feststellungsklage erheben. Denn der Sicherungsvertrag würde die Voraussetzungen der Zivilprozessordnung für vollstreckbare Titel höchstwahrscheinlich nicht erfüllen⁶⁵⁸. Die Frage nach einem materiellen Vollstreckungsrecht stelle sich hier nicht, weil der Sicherungsnehmer keinen Vollstreckungstitel für die Vollstreckbarkeitserklärung hat. Eine Vollstreckung würde folglich nicht angeordnet. „Umwandlungen“ von Rechtsgeschäften oder zugrunde liegenden Titeln würden nicht berücksichtigt, wobei hier auch nicht ernsthaft von einer Umwandlung in eine Hypothek gesprochen werden kann⁶⁵⁹. Zwar mag die Umwandlung vielleicht die einzig geeignete Technik sein, um ein heimliches, nichtiges Geschäft in ein wirksames Geschäft zu verwandeln, was dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht. Jedoch ist im Bereich der Sicherungsrechte diese Umwandlung selten wirksam. Grundsätzlich kollidiert bereits der bloße Vorschlag, dem Sicherungsnehmer ein Vorzugsrecht zuzuerkennen, mit der durchschlagenden Wirklichkeit des *numerus clausus* der Forderungs-, Konkurs- oder außerkonkursrechtlichen Privilegien (Art. 1925 CC und Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC). Im Falle der eingetragenen Sicherheiten ist eine solche Umwandlung unter Berücksichtigung der Grundsätze von Qualifi-

⁶⁵⁴ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 533.

⁶⁵⁵ RDGRN v. 30. Juni 1987.

⁶⁵⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen Pantaleón Prieto, in: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Bd. III, S. 4407 f.; Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 495 ff.; Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, S. 1062 ff.

⁶⁵⁷ Vgl. hierzu Carrasco Perera, *Los Derechos de garantía*, S. 223 f.

⁶⁵⁸ Art. 517, 549, 550, 572, 573, 682, 685 LEC.

⁶⁵⁹ Carrasco Perera, *Los Derechos de garantía*, S. 223 f.

kation, Gesetzmäßigkeit und Legitimation nicht möglich⁶⁶⁰. Ist die betroffene Sache eine Immobilie, kann daher auch nicht vorgeschlagen werden, diese in irgendeiner Weise in eine Hypothek umwandeln zu wollen. Das hypothekarische Spezialitätsprinzip und die Regeln der Publizität verbieten eine derartige Umwandlung einer Eintragung, die den Sicherungsnehmer als Eigentümer ausweist⁶⁶¹. Darüber hinaus dürfte in der Mehrzahl der Fälle eine atypische Situation gegeben sein oder die für eine Sicherungsübereignung erforderlichen Merkmale beim einzutragenden Titel sind nicht vorhanden, so dass eine Eintragung der Sicherheit wegen fehlender Detailangaben nicht erfolgen kann. Denkbar ist auch, dass der zur Eintragung vorgelegte Titel alle Details des komplexen Sicherungsverhältnisses enthält. In diesem Fall wird der Registerbeamte sicherlich einen Eintrag wegen eines Scheinvertrages und/oder des Verstoßes gegen das Verbot der Verfallsklausel oder einfach deswegen ablehnen, weil der Vertrag der Sicherungsübereignung kein eintragbarer Titel ist, da ein eigener Rechtsgrund fehlt⁶⁶².

Eingeworfen werden könnte hier noch, dass es für die besondere Privilegierung der Sicherungsübereignung gar keiner Umwandlung bedarf, wenn man in der Sicherungsübereignung bereits eine Form der Hypothek sehen würde oder diese entsprechend einer Hypothek behandeln würde. Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC wäre dann anwendbar. Auch wenn die Sicherungsübereignung wirtschaftlich gesehen einer Hypothek ähneln mag, ist dies doch zu weitgehend. Andernfalls würden das im spanischen Recht geltende strenge Publizitätsprinzip und der *numerus clausus* der Sicherungsrechte im Konkurs unterlaufen. Mit letzterem wird bezweckt, die für das Kreditwesen entstehenden Kosten einzuschränken, wenn die Parteien Sicherheiten mit dinglicher Wirkung frei gestalten könnten⁶⁶³. Insofern kann hier die Argumentation herangezogen werden, mit der die Umwandlung der Sicherungsübereignung in eine Hypothek bereits abgelehnt wurde. Die Sicherungsübereignung kann daher nicht als Hypothek verstanden werden. Eine analoge Anwendung von Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC scheidet aus, da eine Gleichsetzung hier nicht angebracht ist. Der Gesetzgeber hätte das Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung ausdrücklich in Art. 90 LC aufnehmen müssen, was er gerade nicht getan hat. Seine negative Entscheidung ist deshalb hinzunehmen. Mit Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC ist daher eine Privilegierung der Sicherungsübereignung im Konkurs abzulehnen. Der Sicherungsnehmer ist

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu Art. 38 LH. Danach wird hinsichtlich ihrer Rechtswirkung vermutet, dass die im Register eingetragenen dinglichen Rechte bestehen und dem Inhaber in der Form zustehen, wie sie im entsprechenden Eintrag festgehalten sind. Die heimliche Sicherheit wäre ein Titel i.S.v. Art. 32 LH, d.h. nicht ordnungsgemäß eingetragen und daher nicht einwendbar.

⁶⁶¹ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 207.

⁶⁶² RDGRN 10.6.2004 (ARJ 2004, 2384). Vgl. hierzu auch Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 224.

⁶⁶³ Bermejo Gutiérrez, Créditos y quiebra, S. 94; Alfaro, in: Homenaje Menéndez, Bd. I, S. 152; Díez-Picazo, Fundamentos, Bd. III, S. 115, 125 f.; Miquel González, in: Enciclopedia Jurídica Básica, Bd. II, S. 2366 ff.; Rojo Ajuria, ADC 1989, XLII, S. 717, 718 ff.

somit als einfacher Konkursgläubiger zu behandeln, ihm steht kein Vorzugsrecht am Sicherungsgut zu. Die Sicherungsübereignung ist deshalb in diesem Punkt als nicht konkursfest zu erachten. Als Sicherheit verliert sie in der Insolvenz an Wert, da sie gerade den vom Gläubiger gewünschten Zweck – den Schutz vor einem Forderungsausfall – nicht erfüllen kann.

3. Aussonderung nach Art. 80 LC

Einigkeit besteht insoweit, dass der Gläubiger einer Sicherungsübereignung nicht über ein Aussonderungsrecht nach Art. 80 LC verfügt⁶⁶⁴, weil dieser nach dem spanischen Rechtsverständnis kein Eigentum am Sicherungsgut erworben hat. Auch dem Sicherungsgeber steht keine dingliche Klage zu, um im Konkurs des Sicherungsnehmers die zur Sicherheit übertragene Sache wieder zu erlangen, solange und soweit die zugrunde liegende Forderung noch nicht saldiert ist. Art. 80 LC macht deutlich, dass der Erfolg der Aussonderung nicht von der Lokalisierung des Eigentums beim Konkursschuldner oder bei einem Dritten abhängt, sondern vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Besitzrechts in der Person des Konkursschuldners. Für die *separatio ex iure domini* ist entscheidend, ob die Masse gegenüber einer Eigentumsherausgabeklage des Dritten über ein Besitzrecht verfügt. Klar ist, dass der besitzende Sicherungsnehmer über ein solches Recht verfügt. Sein Besitzrecht entsteht direkt aus der Abrede der Sicherungsübereignung. Daher muss der Sicherungsgeber oder die Konkursverwaltung die zugrunde liegende Schuld begleichen, wenn Besitz von der Sache ergriffen werden soll. Während der Sicherungsphase besitzt der Sicherungsnehmer berechtigterweise und sein Besitzrecht bleibt unversehrt⁶⁶⁵.

Oftmals aber behält der Verkäufer den Besitz an der Sache, wobei sich dieser vom Besitz eines Eigentümers unterscheidet – häufig auf der Grundlage einer simulierten Vermietung. Von der Hypothese ausgehend, dass der nicht besitzende Käufer als Gläubiger über ein eingetragenes Eigentumsrecht an einer unbeweglichen Sache verfügt, wird die Problematik noch komplizierter. Der Sicherungsnehmer hat gegenüber dem Sicherungsgeber oder dessen Konkurs kein Recht, das vom Sicherungsgeber zurückbehaltene Besitzrecht zu erhalten. Es existiert kein dingliches Besitzrecht, das sich bei einem eventuellen Konkurs des Sicherungsgebers „herauskristallisiert“. Ebenso wenig hat der Sicherungsnehmer ein Recht darauf, eine Eigentumsfeststellungsklage oder eine Herausgabeklage zu erheben. Ist der Sicherungsgeber insolvent, kann er sich nicht als privilegierter Gläubiger auf der Grundlage eines angeblichen Vor-

⁶⁶⁴ Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 533; Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 219.

⁶⁶⁵ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 220.

zugsrechts oder Privilegs anmelden. Aber auch die Konkursverwalter des Sicherungsgebers sowie der Sicherungsgeber selbst können den Registereintrag nicht als vorgetäuscht anfechten. Der Eintrag bleibt bestehen bis die *causa fiduciae* konsumiert ist. Der sich aus dem Vertrag ergebende *status quo* bleibt bis zu dem Moment bestehen, in dem die zugrunde liegende Schuld entsprechend der *causa fiduciae* beglichen worden ist. Der Konkurs lässt das System der Nichtigkeit unberührt⁶⁶⁶. Wenn die Konkursverwaltung aber vorbringt, dass der Vertrag für nichtig erklärt werden kann, ist Art. 1306 CC zu bedenken, der jegliche sich aus der angeblichen Nichtigkeit ergebende Änderung des *status quo* aussetzt⁶⁶⁷.

Art und Umfang des Rechts auf Wiedererlangung bzw. Rückübereignung der Sache, das dem Sicherungsgeber zusteht, wenn sich der Sicherungsgrund erschöpft hat, sind nicht unumstritten. In der Rechtsprechung⁶⁶⁸ wird dieses Recht zum Teil als schuldrechtliches Recht gesehen, als wechselseitige Forderung zur Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die übertragene Sache zurückzugeben⁶⁶⁹. Dies wird in der Literatur teilweise ähnlich gesehen⁶⁷⁰. Diese Konstruktion wird teilweise aber auch abgelehnt⁶⁷¹. Zum einen, weil der Sicherungsnehmer keine echte Verpflichtung habe, die Sache an den Sicherungsgeber zurückzugeben. Zum anderen, weil aufgrund des in Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich der Sicherungsübereignung bestehenden Streits anzunehmen sei, dass der Sicherungsgeber weiterhin ein „Eigentumsrecht“ habe, das als materielles Eigentum oder Volleigentum bezeichnet werden könne. Dies sei zweifelsohne ein im Konkurs des Sicherungsnehmers einwendbares Recht, auch wenn dies der Ausnahme des *ius retentionis* unterliege. Dennoch ist die erste Ansicht vorzugswürdig. Grundlage der Sicherungsübereignung ist gerade der Sicherungsvertrag, der für den Wegfall des Sicherungsgrundes die Rückgabe/Rückübereignung der Sache an den Sicherungsgeber vorsieht. Dass die Rechtsprechung und weite Teile der spanischen Literatur zu keiner Vollrechtsübertragung an den Sicherungsnehmer gelangen, kann hierfür keine Rolle spielen.

4. Konsolidierung des Eigentums

Wurde eine Frist für die Tilgung der Schuld oder für die Ausübung des Wiederkaufsrechts gesetzt und ist diese Frist abgelaufen, stellt sich die Frage, ob das Eigentum konsolidiert werden kann. In der Rechtsprechung gibt es Entscheidungen, in denen die Möglichkeit anerkannt

⁶⁶⁶ Noch zum alten Recht STS 10.3.1944.

⁶⁶⁷ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 221.

⁶⁶⁸ STS 8.3.1963.

⁶⁶⁹ STS 20.11.1965 (ARJ 1965, 5387).

⁶⁷⁰ Jordano Barea, ADC 1966, S. 625; Rodríguez Rosado, Fiducia y pacto de retro en garantía, S. 107.

⁶⁷¹ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 223.

wurde, dass der Sicherungsnehmer das Eigentum konsolidieren kann⁶⁷². Es ist deshalb anzunehmen, dass das Eigentum des Sicherungsnehmers gegenüber dem Schuldner und dem Konkurs konsolidiert wird⁶⁷³, wenn dieser die Schuld nicht durch eine Vollstreckung in die betroffene Sache befriedigen will, wenn der Sicherungsgeber nicht rechtzeitig zahlt oder sein Wiederkaufsrecht nicht innerhalb der entsprechenden Frist ausübt.

5. Aussetzung der Vollstreckung

Von einer Vollstreckung im Sinne des Art. 56 LC ist zunächst das formelle „Eigentum“ des Sicherungsnehmers zu unterscheiden. Dieses ist von der Regelung des Art. 56 LC nicht erfasst. Das „fiduziarische Eigentum“ der Sicherungsübereignung, das den Sicherungsnehmer in der Sicherungsphase absichern soll, wird im Konkurs nicht ausgesetzt. Das Sicherungseigentum bleibt somit auch während des Konkurses bestehen, solange und soweit nicht die zugrunde liegende Forderung beglichen wird⁶⁷⁴.

Höchst strittig ist indes, ob der Sicherungsnehmer mit einer Vollstreckung unter Art. 56 LC oder aber unter die allgemeine Regelung des Art. 55 Abs. 1 LC fällt. Welche Hürden der Sicherungsnehmer nehmen muss, der durch die Sicherungsübereignung allein noch über keinen Vollstreckungstitel verfügt, wurde bereits aufgezeigt. Sollte er einen Vollstreckungstitel erwirkt haben, könnte zunächst an die Anwendung von Art. 56 LC gedacht werden. Die Vorschrift spricht lediglich von dinglichen Sicherheiten, die auf Sachen ruhen, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkurschuldners oder einer seiner Produktionseinheiten betroffen sind. Wie bereits dargestellt, ist die Sicherungsübereignung ein nach spanischem Recht nicht geregeltes Sicherungsrecht, das dem gesetzlichen *numerus clausus* der Vorzugsrechte widerspricht. Einige gehen deshalb davon aus, dass der Sicherungsnehmer kein Recht auf abgesonderte Vollstreckung habe, das Art. 56 LC implizit verleiht, wenn in Sachen vollstreckt werden soll, die nicht von der Tätigkeit des Konkurschuldners betroffen sind (vgl. hierzu ausführlich im 4. Kapitel B.II., IV.). Da er keinerlei Befriedigungsprivileg nach Art. 90 LC habe, könne er sich auch nicht auf Art. 56 LC berufen. Eine vor Konkurseröffnung eingelegte Vollstreckungsklage sei mithin nach Art. 55 LC auszusetzen⁶⁷⁵.

Andere wiederum gehen davon aus, dass auch atypische dingliche Sicherheiten unter die Regelung des Art. 56 LC fallen und sie deshalb ebenso einer zeitlichen Vollstreckungsaussetzung unterliegen, wenn der Sicherungsgegenstand die in Art. 56 LC genannten Voraussetzungen

⁶⁷² STS 6.4.1987 (ARJ 1987, 2494) und 30.6.1998 (ARJ 1998, 5294).

⁶⁷³ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 224.

⁶⁷⁴ Vgl. Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 95.

⁶⁷⁵ Carrasco Perera, Los Derechos de garantía, S. 224, Fn 85.

erfüllt⁶⁷⁶. Die Sicherungsübereignung wäre nach dieser Ansicht von Art. 56 LC erfasst. Für diese Ansicht spricht, dass Art. 56 LC allgemein von dinglichen Sicherungsrechten spricht und diese nicht näher definiert, so dass er auch auf erst später entwickelte Rechte, die eine dingliche Wirkung an einer Sache zur Absicherung einräumen, anzuwenden ist. Allein aus dem Umstand, dass der Sicherungsübereignung kein besonderes Privileg in Art. 90 LC zuerkannt worden ist, schlussfolgern zu wollen, dass deshalb ebenfalls eine abgesonderte Vollstreckung zu verwehren sei, erscheint zu kurz gegriffen. Der Gesetzgeber hat zwar in der Regelung des Art. 90 LC eine Wertung hinsichtlich der Sicherungsrechte vorgenommen und der Sicherungsübereignung ein Vorzugsrecht gerade verweigert, diese gesetzliche Wertung kann aber nicht ohne weiteres auf Art. 56 LC übertragen werden. Denn der Gesetzgeber hat in Art. 56 LC gerade auf eine Definition der dinglichen Sicherheiten und damit auf eine abschließende Regelung verzichtet. Wie bereits aufgezeigt (vgl. im 4. Kapitel A. II.2. und in diesem Kapitel B.II.1.), ist Art. 56 LC weit auszulegen, weshalb durchaus angenommen werden könnte, dass auch die Vollstreckung aus einer Sicherungsübereignung Art. 56 LC unterliegt. Eine Vollstreckung in eine Immobilie, die nicht von der Tätigkeit des Schuldners betroffen ist, wäre demnach fortzusetzen.

Die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 56 LC auf die Sicherungsübereignung kann hier jedoch nicht abschließend geklärt werden. Die in dieser Hinsicht bestehende Rechtsunsicherheit ist erheblich. Schließlich ist die Konkursfestigkeit der Sicherungsübereignung mit großen Zweifeln behaftet. Denn das in der Gesamtvollstreckung notwendige Vorzugsrecht wird der Sicherungsübereignung vom Konkursgesetz nicht gewährt. Es besteht auch kein eindeutiges Recht auf abgesonderte Befriedigung. Dies führt dazu, dass die Sicherungsübereignung einem Gläubiger in Spanien keine letzte Sicherheit im Konkurs bieten kann. Sie ist somit praktisch wertlos.

G. Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen in der Insolvenz

Abschließend soll noch kurz auf die Situation von Immobiliarsicherheiten autonomer Regelungen im Insolvenzfall eingegangen werden. Der rechtliche Partikularismus im Zivilrecht stellt eine Besonderheit der spanischen Rechtsordnung dar. Die autonomen Regelungen – sog. Foralrechte – sind historisch bedingt. Es sind Rechtsordnungen und Vorschriften einzelner Provinzen und Gebiete Spaniens (sog. autonomer Regionen), die nicht durch gesamtspani-

⁶⁷⁶ *Sánchez Rus/Sánchez Rus*, in: *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la Ley Concursal*, Art. 56, S. 1048.

sches zwingendes Recht außer Kraft gesetzt worden sind, sondern als partikulares Recht fortbestehen. Ihnen wird nach der spanische Verfassung (Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE; Art. 13 ff. CC) Vorrang vor dem *Código Civil* oder in Kraft gebliebenen Subsidiärrechten eingeräumt⁶⁷⁷. Einige Autonome Gemeinschaften – wie Aragón, das Baskenland, die Balearen, Galizien, Katalonien und Navarra – verfügen über eigene zivilrechtliche Kodifikationen⁶⁷⁸. Die meisten partikularen Kodifikationen sind jedoch nicht von einem systematischen Gesamtkonzept eines Zivilgesetzbuchs getragen, sondern enthalten nur einzelne Regelungen, die auch nur teilweise von denen des gesamtspanischen *Código Civil* abweichen. Hervorzuheben ist das Gesetzbuch von Navarra⁶⁷⁹, das unter den Foralrechten lange Zeit die einzige umfassende Kodifikation des partikularen Zivilrechts enthielt⁶⁸⁰. Seit 2003 hat auch Katalonien ein eigenständiges Zivilgesetzbuch, das 2006 nochmals verändert und neu gefasst wurde⁶⁸¹. Diese Neufassung stieß allerdings auf verfassungsrechtliche Bedenken⁶⁸².

Da das spanische Recht somit neben den in ganz Spanien geltenden Immobiliarsicherheiten der nationalen Gesetze auch zivilrechtliche Sicherheiten autonomer Regelungen kennt, sollen diese nicht unerwähnt bleiben. Anders als auf nationaler Ebene haben bestimmte Sicherheiten in einigen Foralrechten – vor allem denen von Navarra und Katalonien – eine ausdrückliche Regelung gefunden. Die wichtigsten foralrechtlichen Sicherheiten sollen hier zunächst kurz vorgestellt werden, um sodann deren insolvenzrechtliche Behandlung zu untersuchen.

I. Immobiliarsicherheiten des Foralrechts

1. Immobiliarsicherheiten nach dem Recht von Navarra

In der spanischen Rechtsordnung finden sich die ausführlichsten Regelungen zu Sicherungsrechten in der Zivilrechtsgesetzgebung von Navarra (*Leyes* 466 ff., 475 ff. *Compilación de Derecho civil de Navarra*⁶⁸³ – CompN). In der Kompilation ist weder der Grundsatz des nu-

⁶⁷⁷ vgl. STS 8.6.1904; *Arechederra Aranzadi*, El Derecho Civil foral en la Constitución y en el Amejoramiento del Fuero, S. 119; *Hellmich*, Kreditsicherheiten, S. 5; *Hierneis*, Das besondere Erbrecht der so genannten Foralrechtsgebiete Spaniens, S. 2 f.

⁶⁷⁸ Hierzu *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 13.

⁶⁷⁹ *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, B.O.E. Nr. 57 bis 63, v. 7., 8., 9., 10., 12., 13. u. 14.3.1973; korrigiert B.O.E. Nr. 129 v. 30.5.1974.

⁶⁸⁰ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 1.

⁶⁸¹ *Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña* und *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales*, BOE Nr. 148 v. 22.6.2006.

⁶⁸² *Arocas Rosell*, Immobilienbrief Spanien mmm&m Abogados Nr. 33 Mai/Juni 2006, auch abrufbar unter http://mmmm.es/news/inmo_ger.htm.

⁶⁸³ *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*.

merus clausus dinglicher Rechte noch ein Typenzwang statuiert. Besonders auffällig ist die großzügige Anerkennung des Parteiwillens im Schuld- und Sachenrecht⁶⁸⁴.

a) Eigentumsvorbehalt

In der Gesetzgebung von Navarra (*Ley* 483 CompN) ist ein klassisches Konzept des Eigentumsvorbehalts ausdrücklich enthalten. Der Eigentumsvorbehalt wird als Bedingung verstanden, die die Eigentumsübertragung aufschiebt. Eine besondere Form wird nicht vorausgesetzt. Lediglich Dritterwerber werden durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt⁶⁸⁵.

b) Sicherungsübereignung

Neben Bestimmungen zur Erwerbsoption und zum Verkauf mit Wiederkaufsrecht enthält die Kompilation Navarras auch eine eigene Regelung zur Sicherungstreuhand. Nach *Ley* 466 CompN ist die Übertragung von Sachen und Rechten zur Sicherheit, auch fremder Schulden, möglich und entfaltet auch Dritten gegenüber Wirkung. Die Sicherungstreuhand stellt dabei ein von der gesicherten Forderung unabhängiges Sicherungsrecht dar⁶⁸⁶. Bei der Sicherungstreuhand nach dem Recht von Navarra erwirbt der Sicherungsnehmer Eigentum am Sicherungsgut. Das Sicherungseigentum geht allerdings nur als Nebenrecht mit der gesicherten Forderung über, wobei ein gesonderten Übertragungsakt nicht notwendig ist⁶⁸⁷. Im Sicherungsfall kann der Sicherungsnehmer die Sache verwerten oder sich aneignen, wenn dies vereinbart ist. Erlischt die gesicherte Forderung, muss er die Sache rückübereignen. Die sicherungsweise Übereignung kann notariell beurkundet werden und ist eintragungsfähig⁶⁸⁸.

Die im gesamtspanischen Recht bestehenden Probleme bei der Bestimmung eines Rechtsgrundes für die Sicherungstreuhand treten im Recht von Navarra nicht auf. Zwar wird nach der Rechtsprechung des *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* (Oberster Gerichtshof von Navarra) auch im Recht von Navarra ein Rechtsgrund gefordert⁶⁸⁹. Allerdings ist das Institut der Sicherungstreuhand in der Kompilation kodifiziert und als Vollrechtsübertragung konzipiert, bei der es obligatorisch ist, dass dem Sicherungsgeschäft ein zulässiger Rechtsgrund

⁶⁸⁴ Vgl. *Leyes* 8 und 463 CompN sowie D.T. 5.1.; *Lacruz Berdejo*, Elementos de Derecho Civil, Bd. III.2, § 60.349, S. 430; *Sancho Rebullidas*, Conferencias de Derecho foral, S. 83 ff; *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 130.

⁶⁸⁵ Näheres hierzu bei *Lobato García-Miján*, La reserva de dominio en la quiebra, S. 277 ff.

⁶⁸⁶ *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 184.

⁶⁸⁷ STSJN 29.4.1996 (ARJ 1996, 2920); vgl. Art. 1528 CC für das gesamtspanische Recht.

⁶⁸⁸ Vgl. z.B. Sachverhaltsschilderung in STSJN 29.4.1996 (ARJ 1996, 2920); STSJN 22.1.1994 (ARJ 1994, 578).

⁶⁸⁹ STSJN 29.4.1996 (ARJ 1996, 2920).

zugrunde liegt⁶⁹⁰. Rechtsgrund der Sicherungsübereignung ist die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit, wobei dieser von einer gesicherten Darlehensforderung unabhängig ist⁶⁹¹. Der *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* sieht in der Sicherheitsleistung eine Form der Geschäftsführung⁶⁹².

Bei der Sicherungstreuhand nach dem Recht von Navarra kommt es nach herrschender Meinung zu einer vollwirksamen Eigentumsübertragung auf den Sicherungsnehmer⁶⁹³, was der römisch-rechtlichen Tradition entspricht. Das Eigentum geht auf den Sicherungsnehmer über, der sich schuldrechtlich zu einem bestimmten Umgang mit der Sache sowie zur späteren Rückübertragung verpflichtet⁶⁹⁴. Anders als der *Tribunal Supremo* hat der *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* auf eine Differenzierung zwischen formellem Eigentum des Sicherungsnehmers und materiellem Eigentum des Sicherungsgebers bei der Sicherungstreuhand, nicht aber bei der Verwaltungstreuhand (*fiducia cum amico*)⁶⁹⁵, verzichtet.

c) Immobiliarpfandrecht

Außerdem kann nach dem Recht von Navarra ein der Antichrese des *Código Civil* ähnliches Pfandrecht an Immobilien begründet werden, das das natürliche Recht des Gläubigers enthält, Früchte zu ziehen, um diese mit der Zinsschuld und danach mit der Hauptsumme der Forderung anzurechnen (*Ley 468 und Ley 471 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*)⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ Einen Widerspruch, den *Albaladejo*, *Derecho Civil*, Bd. I, S. 280, 282, in seinen Ausführungen zwar aufzeigt, aber nicht kommentiert.

⁶⁹¹ STSJN 22.1.1994 (ARL 1994, 578).

⁶⁹² STSJN 22.1.1994 (ARL 1994, 578); vgl. auch die Wiedergabe dieser Entscheidung in der STSJN 29.4.1996 (ARJ 1996, 2920); STSJN 23.5.1997 (ARJ 1997, 4469): treuhänderische Übertragung selbst tauglicher Rechtsgrund. Trotz des auch in der Rechtsordnung Navarras geltenden Kausalprinzips hat der TSJN (Entscheidung vom 29.4.1996, ARJ 1996, 2920) keine näheren Ausführungen zur Bestimmung des Rechtsgrundes gemacht.

⁶⁹³ *Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría*, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, S. 269; *Doral*, *Las garantías reales en la Compilación Navarra*, *Conferencias sobre Derecho foral*, S. 112; *Cámara Lapuente*, RJN (2) 1992, S. 163, 167; *Sánchez Lorenzo*, *Garantías reales en el comercio internacional*, S. 160, 169, nach dem die Kompilation die dinglichen Wirkungen der freien Ausgestaltung durch die Parteien überlässt; für die Unterscheidung zwischen der Eigentumsposition gegenüber Dritten und dem Sicherungsgeber auch in Navarra: *Pérez de Ontiveros*, RJN (2) 1991, S. 43, 49, 54; *Rubio Torrano*, RJN (2) 1986, S. 13, 28; *Hellmich*, *Kreditsicherungsrechte*, S. 131.

⁶⁹⁴ *Cámara Lapuente*, RJN (2) 1992, S. 163, 166.

⁶⁹⁵ SSTSJN 23.5.1997 (ARJ 1997, 4469) u. 20.2.1997 (ARJ 1997, 834).

⁶⁹⁶ Dort existiert ein ähnlicher Vertrag wie in Art. 1885 CC, der in der *Compilación* als „*pacto anticretico*“ bezeichnet ist (Art. 471 Abs. 1, 1. Unterabschnitt), genauso wie ein selbständiger Vertrag über die Verrechnung der Geldschuld mit dem Nutzen oder der Fruchtziehung der Sache (Art. 471 Abs. 2), was in dieser *Compilación* die Bezeichnung „*anticresis*“ gefunden hat.

2. Immobiliarsicherheiten nach dem Recht von Katalonien

Eine Antichrese konnte bereits nach dem katalanischen Gesetz dinglicher Sicherheiten (Art. 21 ff. *Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía*) begründet werden. Dem Inhaber wurde ausdrücklich das Recht eingeräumt, die Verwertung der von der Antichrese betroffenen Immobilie zu betreiben. Ebenso war dort auch schon ein Zurückbehaltungsrecht geregelt, das eine Immobilie zum Gegenstand haben konnte⁶⁹⁷.

In der am 1. Juli 2006 in Kraft getretenen Neufassung des katalanischen Zivilgesetzbuchs (*Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales – CCCat*) fand das Recht, die Antichrese zur Verwertung der belasteten Immobilie heranzuziehen, in Art. 569-26 CCCat eine Regelung. In diesem Gesetz wurden auch das eingetragene Zurückbehaltungsrecht an Grundstücken (Art. 569-3 ff. CCCat.) und das Verwertungsrecht an der zurückbehaltenen Immobilie (Art. 569-8 CCCat) geregelt.

II. Insolvenzrechtliche Behandlung

1. Kompetenzrechtliche Fragen

Die Gesetzgebung zum Konkursrecht liegt in der ausschließlichen Kompetenz des spanischen Staates (Art. 149 Abs. 1 Nr. 6 *Constitución Española* – CE – Spanische Verfassung). *D.F. trigésima segunda* LC wiederholt deshalb lediglich die in der spanischen Verfassung und in den Autonomiestatuten bereits geregelte Gesetzgebungskompetenz⁶⁹⁸. Die autonomen Bestimmungen sind deshalb nicht wie im Zivilrecht spezieller als die nationalen Vorschriften.

Aus der Perspektive der autonomen Regionen Spaniens erweist sich das Bedürfnis, die staatliche Kompetenz in Bezug auf die Grundlagen der Vertragspflichten zu klären, als Problem. Zieht man beispielsweise die *Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía*⁶⁹⁹ heran, nimmt dieses Gesetz keinen Einfluss auf Vorrang und Vorrang von Forderungen, die mit einem dort geregelten Recht abgesichert sind (Art. 2 Abs. 2 verweist auf die allgemeinen Regeln zum Vorrang der Forderungen)⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ So Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 520.

⁶⁹⁸ Die in dieser Schlussbestimmung enthaltene Verweisung auf Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE hat jedoch bei einigen Verwunderung hervorgerufen, vgl. Pantaleón Prieto, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 519 f.

⁶⁹⁹ Oder auch bei beweglichen Sachen die *Ley 22/1991, de 29 de noviembre (Cataluña), de garantías posesorias sobre cosa mueble*.

⁷⁰⁰ Sich auf die *Ley de garantías posesorias sobre cosa mueble (Cataluña)* in diesem Fall beziehend Domínguez Luelmo, BCERC 2002, S. 270,

Angesichts der in den autonomen Gesetzgebungen existierenden Vorschriften über dingliche Sicherheiten (Navarra und Katalonien⁷⁰¹), stellt sich die Frage, ob der Staat die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz so ausüben kann, dass eine nach der autonomen Gesetzgebung als dingliche Sicherheit gestaltete Figur im Konkurs nicht als natürliches Vorzugsrecht anerkannt wird⁷⁰². Dies kann nicht ohne weiteres bejaht werden, da die autonomen Gesetzgeber keine anderen Vorschriften über das Zusammentreffen und den Vorrang der Forderungen erlassen haben als den bereits genannten bloßen Verweis in Art. 2 Abs. 2 des katalanischen Gesetzes über dingliche Sicherheiten⁷⁰³.

Würde den foralrechtlichen Sicherungsrechten aber kein Vorzugsrecht im nationalen Recht zugebilligt, wären die foralrechtlichen Gesetze praktisch wertlos. Denn für einen Gläubiger macht es keinen Sinn, über eine Sicherheit zu verfügen, die ihm keinen Vorzug bei der Forderungseintreibung beim Zusammentreffen mit anderen Gläubigern des Schuldners einräumt – unabhängig davon, ob eine Einzel- oder Gesamtvollstreckung gegeben ist. In Anbetracht der Rechtsunsicherheit könnte deshalb vorgeschlagen werden, ausdrücklich zu vereinbaren, dass die jeweilige Sicherheit unter die allgemeine, nationale Vorschrift fallen soll, obwohl die Sicherheit über eine eigene autonome, gesetzliche Regelung verfügt. Es wäre deshalb erforderlich, dass das allgemeine, nationale Gesetz das Vorzugsrecht und den Rang regelt, der einer Forderung einzuräumen ist, die mit einer autonom-zivilrechtlichen Sicherheit ausgestattet ist⁷⁰⁴.

2. Keine ausdrückliche Anerkennung

Die Frage nach der insolvenzrechtlichen Behandlung der foralrechtlichen Sicherheiten ist insofern nicht einfach zu beantworten. Das Konkursgesetz bezieht sich in seinen Regelungen nicht eindeutig auf diese Sicherheiten. Zwar erscheint das Absehen einer ausdrücklichen Erwähnung bei der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 LC weniger problematisch, weil dort allgemein von dinglichen Sicherheiten gesprochen wird. Bei der Frage nach der bevorrechtigten Befriedigung im Liquidationsverfahren gestaltet sich dies jedoch schwieriger. Da andere Vorzugsrechte außerhalb der Regelungen des Konkursgesetzes im Konkurs keine Anerkennung finden (Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC), ist unklar, wie die foralrechtlichen Sicherungsrechte einzuordnen sind. Es stellt sich die Frage, ob ihnen die Anerkennung aufgrund einer engen

⁷⁰¹ In Navarra *Título VII Libro III Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* und in Katalonien die *Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía*.

⁷⁰² *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 519 f.

⁷⁰³ Vgl. *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 519 f.

⁷⁰⁴ *Domínguez Luelmo*, BCERC 2002, S. 269, 270.

Auslegung von Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC i.V.m. Art. 90 LC verwehrt wird, oder ob sie nach einer weiten Auslegung von Art. 90 LC unter die dort genannten Rechte fallen.

Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC greift erst dann, wenn sich die foralrechtlichen Sicherheiten nicht unter Art. 90 LC fassen lassen, denn erst dann würde ihnen nach dem Konkursgesetz kein Vorzugsrecht zustehen. Zwar bezieht sich Art. 90 LC nicht ausdrücklich auf Sicherungsrechte autonomer Regelungen, er nimmt aber auch keine Differenzierung zwischen Sicherungsrechten nationaler oder foralrechtlicher Regelungen vor. Er spricht vielmehr allgemein von Eigentumsvorbehalt (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 LC) oder Pfandrechten (Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 LC), so dass er sie nicht *per se* ausschließt. Wie bereits zum Ausdruck kam, wäre es darüber hinaus ungerecht, Forderungen, die durch foralrechtliche Sicherungsrechte gesichert sind, von dem Befriedigungsprivileg auszuschließen. Für eine solche Benachteiligung ist kein sachlich rechtfertigender Grund ersichtlich. Eine Privilegierung genießen daher ebenso der Eigentumsvorbehalt, das Immobiliarpfandrecht nach dem Recht von Navarra und die Antichrese nach katalanischem Recht, da deren Rechtsfiguren in Art. 90 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 6 LC zumindest allgemein aufgegriffen sind⁷⁰⁵. Der Gesetzgeber fordert bei Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 LC lediglich, dass die Begründung des Pfandrechts in einer öffentlichen Urkunde erfolgt und sich die Sachen im Besitz des Gläubigers oder eines Dritten befinden. Der Umstand, dass der Gesetzgeber weder ausdrücklich verlangt, dass das Pfandrecht vertraglich ist, noch dass es sich um bewegliche Sachen handelt, führt schließlich dazu (wahrscheinlich sogar unbeabsichtigt⁷⁰⁶), dass unter Art. 90 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 LC sowohl das Pfandrecht an Immobilien nach dem Recht von Navarra als auch das Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen oder Immobilien⁷⁰⁷ und die Antichrese nach katalanischem Recht fallen. Für das Befriedigungsprivileg beim Eigentumsvorbehalt fordert die *Ley Concursal*, dass „die Formalitäten, die in der jeweiligen Gesetzgebung für ihre Einwendbarkeit gegenüber Dritten vorgeschrieben sind“ erfüllt sind (Art. 90 Abs. 2 LC). Die Gesetzgebung von Navarra sieht beim Eigentumsvorbehalt allerdings keine besondere Publizitätsform für dessen Einwendbarkeit vor (unbeschadet des Schutzes von Dritterwerbenden)⁷⁰⁸. Aus diesem Grund wird das Privileg auch einer nicht öffentlich gemachten, „heimlichen“ Sicherheit eingeräumt. Schwieriger gestaltet sich die Situation indes bei der Sicherungsübereignung nach dem Recht von Navarra, da dieses Rechtsinstitut in

⁷⁰⁵ In diese Richtung auch *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 520, der auf das Pfandrecht an Immobilien aus Navarra oder das Zurückbehaltungsrecht aus Katalonien Bezug nimmt.

⁷⁰⁶ *Pantaleón Prieto*, in: *De la Gándara/Sánchez Álvarez*, Comentarios a la Ley Concursal, S. 501, 532.

⁷⁰⁷ Die als echte dingliche Rechte in den Art. 1 a), 2, 3 und 11 der katalanischen *Ley 19/2002, de Derechos Reales de Garantía*, deren notarielle Konstitution, die demjenigen auferlegt ist, der zurückbehält, in Art. 4 besonders geregelt ist.

⁷⁰⁸ Vgl. hierzu *Carrasco Perera*, Los Derechos de garantía, S. 162.

Art. 90 Abs. 1 LC überhaupt nicht erwähnt ist (vgl. in diesem Kapitel F.). Anders aber als bei der Sicherungsübereignung nach allgemeinem, national-spanischem Recht, hat der Gesetzgeber von Navarra diese ausdrücklich geregelt, so dass es ungerecht wäre, dieser Sicherheit ein Privileg zu verwehren. Da die Sicherungsübereignung nach navarresischem Recht eine ähnliche Wirkung entfaltet wie ein Pfandrecht oder eine Hypothek, bietet sich eine analoge Anwendung von Art. 90 Abs. 1 Nr. 1 LC an, wobei eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt.

Daneben sind die foralrechtlichen Sicherheiten aber auch den Beschränkungen der *Ley Concursal* unterworfen, etwa der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 LC. Das Konkursgesetz enthält eine Reihe näherer Bestimmungen, die auch in Navarra und Katalonien Anwendung finden, soweit nicht die dort geltende Gesetzgebung berührt ist. Bei der Regelung der Vollstreckungsaussetzung in Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC ist nur von dinglichen Sicherheiten allgemein die Rede (Art. 56 Abs. 1 S. 1 LC), so dass hiervon auch die foralrechtlichen Sicherheiten erfasst sind, soweit diese auf Sachen ruhen, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners oder einer seiner Produktionseinheiten betroffen sind (vgl. im 4. Kapitel B.). Daher kann sich auch der nach dem Recht von Navarra errichtete Eigentumsvorbehalt, der eingetragen sein kann oder nicht, nicht der Beschränkung des Art. 56 LC entziehen. Bei diesem gilt zwar auch im Rahmen des Konkursgesetzes die eigene foralrechtliche Regelung für den Konkursfall nach *Ley 483 Abs. 3 CompN* weiter. Hiernach bleibt im Konkurs das Recht des Käufers bestehen, durch die Zahlung der vereinbarten Raten die vollständige Kaufpreiszahlung zu bewirken und damit die Eigentumsübertragung herbeizuführen. Will der Verkäufer die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache aber zurückverlangen, unterliegt dies auch der Vorschrift des Art. 56 LC. Für die anderen genannten foralrechtlichen Sicherungsrechte, die als dingliche Sicherheiten einzuordnen sind, gilt Art. 56 LC ebenso.

Sechstes Kapitel

Deutsche Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz

Auch in Deutschland spielen Immobiliarsicherheiten eine große Rolle – am wirtschaftlich bedeutsamsten sind Hypothek und Grundschuld. Die Hypothek ist hierbei mit der Immobiliarkypothek nach spanischem Recht vergleichbar. Die in Deutschland stark verbreitete Grundschuld hat in Spanien hingegen kein entsprechendes Pendant gefunden, da eine nicht akzessorische Sicherheit dieser Art dem spanischen Recht unbekannt ist. Die in Spanien auch als Immobiliarsicherheiten verwendeten Rechtsinstitute des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung sind in Deutschland nur als Mobiliarsicherheiten gebräuchlich, weshalb sie lediglich in einem kurzen Exkurs dargestellt werden. Bevor die insolvenzrechtliche Behandlung von Hypothek und Grundschuld untersucht wird, erfolgt ein knapper zivilrechtlicher Abriss dieser Grundpfandrechte. Da diese Sicherheiten vor allem in der Insolvenz eines Unternehmens von erheblicher wirtschaftlicher Relevanz sind, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Behandlung der Immobiliarsicherheiten in der Unternehmensinsolvenz.

A. Deutsche Immobiliarsicherheiten

I. Dualismus von Hypothek und Grundschuld

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt als zulässige Immobiliarsicherheiten Hypothek (§ 1113 BGB), Grundschuld (§ 1119 BGB) und Rentenschuld (§ 1199 BGB). Da die Rentenschuld in der Praxis aber von sehr geringer Bedeutung ist, wird sie in dieser Darstellung keine Berücksichtigung finden. Eine bedeutende Rolle spielen in der Praxis dagegen Hypothek und Grundschuld, so dass von einem Dualismus von Hypothek und Grundschuld in Deutschland gesprochen werden kann, der rechtshistorische Gründe hat und deutschrechtlichen Ursprungs ist¹. Zweck dieser beiden Immobiliarsicherheiten ist es, Forderungen an einem Grundstück so zu sichern, dass sich der Gläubiger bei Nichtzahlung der Forderung aus dem Grundstück durch Zwangsversteigerung befriedigen kann (§ 1147 BGB). Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld ist die Verknüpfung der Hypothek mit einer Forderung.

¹ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 842 ff.; Zu den historischen Gründen für die Typenvielfalt der Grundpfandrechtstypen vgl. Buchholz, RabelZ 50 (1986), S. 77, 99.

Dieses Akzessorietätsprinzip ist bei der Sicherungshypothek in § 1184 BGB besonders ausgeprägt². Hiernach bestimmt sich das Recht des Gläubigers nur nach der Forderung. Zu deren Beweis kann sich der Gläubiger nicht auf die Eintragung im Grundbuch berufen. Ein Auseinanderfallen von Hypothek und Forderung wird somit unmöglich. Eingeschränkt wird das Akzessorietätsprinzip jedoch bei der Verkehrshypothek im Rahmen der Gutgläubensvorschrift des § 1138 BGB, da hiernach die Hypothek auch ohne Forderung übertragen werden kann. Im deutlichen Unterschied hierzu ist die Grundschild zu sehen, denn sie zeichnet sich gerade durch ihre Unabhängigkeit von einer Forderung aus. Sie ermöglicht dem Gläubiger, abstrakt und losgelöst von einer daneben bestehenden Forderung, Befriedigung aus dem Grundstück wegen einer Geldsumme zu erlangen (§ 1191 BGB)³.

II. Realkredit und wirtschaftliche Bedeutung

Zur wirtschaftlich bedeutsamsten Sicherungsform hat sich in der deutschen Praxis die so genannte Sicherungsgrundschild als besondere Ausprägung der Grundschild entwickelt⁴. Die Sicherungsgrundschild wird zur Sicherung einer Forderung bestellt und ist durch eine schuldrechtliche Sicherungsabrede mit der Forderung verknüpft. Da sich der Grundstückswert im Laufe der Zeit als wesentlich stabil und sicher erwiesen hat und der Kreditverkehr in besonderem Maße der Sicherung seiner Forderungen bedarf, sind Sicherheiten an Grundstücken (sog. Realkredite) hierfür besonders geeignet. Die Tätigkeit der Hypothekenbanken unterliegt dem Pfandbriefgesetz (PfandBG)⁵, vormals Hypothekenbankgesetz, wonach sie sogar gesetzlich gehalten sind, ihre Forderungen und Rechte durch einen Realkredit zu sichern⁶.

Dabei muss hinsichtlich des Begriffes des Realkredits zwischen einem engen und einem weiteren Verständnis unterschieden werden. Unter einem Realkredit im weiteren Sinne ist ein Kredit zu verstehen, der durch die Bestellung einer Immobiliarsicherheit gesichert ist und für den – anders als bei einer Personalsicherheit – nicht die persönliche Kreditwürdigkeit bzw. -fähigkeit des Schuldners oder eines Dritten wie etwa eines Bürgen oder sonstiges Vermögen entscheidend ist (§ 21 Abs. Nr. 1 KWG i.V.m. §§ 14,16 PfandBG)⁷. Zudem kann die gesi-

² Weirich, Grundstücksrecht, § 22 Rn. 1384 f., insb. Rn. 1412 ff., 1468 ff.

³ Vgl. hierzu auch Weirich, Grundstücksrecht, § 23 Rn. 1492 ff.

⁴ Claussen, Bank- und Börsenrecht, § 8 Rn. 189; Merkel, in: Bankrechts-Handbuch, § 94 Rn. 1; Münch-Komm/Eickmann, BGB, § 1191 Rn. 5; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 843.

⁵ BGBl. I 2005, S. 1373 ff. In Kraft getreten am 28.5.2005 bzw. in seinen wesentlichen Teilen am 19.7.2005. Vgl. hierzu auch Frank/Glatz, WM 2005, S. 1681.

⁶ Keller, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, S. 161; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 36; Gerhardt, Immobiliarsachenrecht, § 8; Weirich, Grundstücksrecht, § 21.

⁷ BGHZ 17, 89, 94; Wieling, Sachenrecht, § 26 I 1; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 787; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 10.

cherte Forderung am Ort des Grundstückes realisiert werden, unabhängig vom Wohnort des Schuldners⁸. Als Realkredit im engeren Sinne wird ein in der Regel langfristiger Kredit bezeichnet, für den dem Kreditinstitut Hypotheken, Grund- und Rentenschulden bestellt, verpfändet oder abgetreten werden und bei denen der Grundstücksertrag mindestens die laufenden Zinsen trägt (§ 16 Abs. 3 S. 1 PfandBG)⁹. In der Bankpraxis werden diese Realkredite gemeinhin als „Hypothek“ bezeichnet, ohne dass nach der rechtlichen Einordnung zwischen Hypothek oder Grundschuld unterschieden wird¹⁰.

Der Grund für die große wirtschaftliche Bedeutung des Realkredits liegt vor allem in der Sicherheit, die ein Grundstück mit seiner Wertstabilität und der Publizität des Rechts an ihm gewährt¹¹. Die Kreditinstitute bewilligten inländischen Unternehmen und Privatpersonen in Deutschland im Jahr 2005 Kredite in Höhe von insgesamt ca. 2,2 Billionen Euro, wovon 1,1 Billionen Euro Hypothekarkredite waren¹². In Deutschland liegt die Quote von „Bestand an Hypothekarkrediten“ und „Bruttoinlandsprodukt“ bei über 50 Prozent¹³. Ausschlaggebend für diese herausgehobene Stellung der Realkredite dürfte ihre außergewöhnliche Sicherheit sein, denn die Kapitalverlustquote bei Hypothekarkrediten macht nach einer Erhebung der deutschen Kreditwirtschaft deutlich weniger als 1 Promille aus¹⁴.

Realkredite werden nicht nur von allen Kreditinstituten und Hypothekenbanken vergeben, sondern auch von Bausparkassen und Versicherungen¹⁵. Bei den im Verband deutscher Pfandbriefbanken zusammengeschlossenen Pfandbriefbanken etwa, die aufgrund ihrer Spezialisierungen über einen gewissen Marktanteil verfügen und hier exemplarisch herangezogen werden, fiel der Zuwachs beim Hypothekarkreditgeschäft im Jahr 2005 gegenüber 2004 stärker aus. Hier lagen die Zusagen im Jahr 2005 bei 55,5 Mrd. Euro, was einem Zuwachs von 12,8 Mrd. Euro oder 30% gegenüber dem Vorjahr (2004: 42, 7 Mrd. Euro) entsprach¹⁶. Sowohl bei der Wohn- als auch bei der Gewerbeimmobilienfinanzierung zog das

⁸ Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 787; BGH WM 1959, 199.

⁹ Erman/Wenzel, BGB, Vor § 1113 Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Einl zu § 1113 ff. Rn. 18; Köndgen, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite, S. 1; vgl. auch Reischauer/Kleinhans, KWG, § 21 Rn. 49 ff.; Rauch/Zimmermann, Grundschuld und Hypothek, Rn. 7.

¹⁰ Bellinger/Kerl, Hypothekbankgesetz, § 40 Rn. 2.

¹¹ vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht § 36 Rn. 8 ff.; Keller, ZfIR 2002, S. 861 f.

¹² Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Mai 2005, abrufbar unter www.bundesbank.de.

¹³ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 12; Wachter, WM 1999, S. 49.

¹⁴ Quelle: Verband deutscher Hypothekenbanken, Jahresbericht 2001; vgl. Rauch/Zimmermann, Grundschuld und Hypothek, Rn. 9.

¹⁵ Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Einl zu §§ 1113 ff. Rn. 20 ff.; das Hypothekbankgeschäft macht also nicht die besondere Besicherung der Kredite aus, sondern deren Refinanzierung über Hypothekpfandbriefe. Bedeutende Anbieter in der Wohnimmobilienfinanzierung sind insbesondere die Sparkassen (28%), Kreditgenossenschaften (17%), Großbanken (14%) und die Realkreditinstitute (13%). Quelle: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Jahresbericht 2005, S. 25.

¹⁶ Quelle: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Jahresbericht 2005, S. 22.

Geschäft stark an. Während das Wachstum bei Wohnimmobilienfinanzierungen von 19,7% (2005: 18,3 Mrd. Euro gegenüber 15,3 Mrd. Euro in 2004) vor allem auf die deutlich gestiegene Darlehensvergabe bei Mietwohnimmobilien zurückzuführen war, resultierte die Zunahme bei Gewerbeimmobilien von 35,7% (2005: 37,1 Mrd. Euro gegenüber 27,4 Mrd. Euro in 2004) aus kräftigen Steigerungen in allen wesentlichen Teilmärkten¹⁷.

III. Entstehung – Briefrecht und Buchrecht

1. Hypothek

Zur Entstehung einer Hypothek ist die Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Grundstückseigentümer des zu belastenden Grundstückes und die Eintragung im Grundbuch erforderlich (§§ 1113, 1115, 873 BGB). Zudem ist nach § 1113 BGB das Bestehen, aber auch Entstehen einer Forderung, deren Grundlage zumeist ein Darlehen (§ 488 BGB) oder ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) sein dürfte, notwendig. Nicht erforderlich ist, dass die Forderung gegen den Grundstückseigentümer als persönlichen Schuldner besteht. Vielmehr können Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner verschieden sein, da ein Grundstück auch als Haftungsgrundlage für die Forderungen gegen einen anderen dienen kann, vergleichbar etwa mit der Situation eines Bürgen¹⁸.

Grundsätzlich wird neben der Eintragung im Grundbuch ein Brief über die Hypothek erstellt (§ 1116 Abs. 1 BGB). Als amtliche Urkunde des Grundbuchamtes fungiert dieser Brief als eine Art Auszug der Grundbucheintragung der Hypothek, was die Übertragbarkeit im Rechtsverkehr erleichtern soll. Zwingend ist die Erteilung des Briefes aber nicht, sie kann durch eine Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen werden (§ 1116 Abs. 2 BGB). Die Hypothek besteht in diesem Fall nur als so genanntes Buchrecht im Grundbuch. Für jede weitere Rechtsänderung bedarf es dann einer Grundbucheintragung. Im Fall einer Brieferteilung wird der Brief grundsätzlich dem Eigentümer übersandt, so dass die Grundsschuld diesem bis zur Briefübergabe an den Gläubiger zusteht (§ 1163 Abs. 2 BGB). Der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst durch die Briefübergabe durch den Eigentümer (§ 1117 Abs. 1 BGB), wodurch der Eigentümer den Zeitpunkt des Hypothekenerwerbs durch den Gläubiger steuern können soll. Alternativ kann aber auch vereinbart werden, dass der Gläubiger dazu berechtigt ist, sich

¹⁷ Quelle: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Jahresbericht 2005, S. 22.

¹⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 36 I 2.

den Brief selbst vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2 BGB). In diesem Fall erwirbt der Gläubiger das Recht bereits mit der Grundbucheintragung¹⁹.

2. Grundschild

Generell gelten für die Grundschild die gleichen Vorschriften wie für die Hypothek (§ 1192 BGB). Der bereits erläuterte Unterschied zwischen Hypothek und Grundschild, d.h. die fehlende Akzessorietät zur Forderung, führt dazu, dass die Grundschild dem Gläubiger auch ohne persönliche Forderung das Recht gibt, aus dem Grundstück Zahlungen einer Geldsumme, den Grundschildbetrag, zu verlangen. Folglich entsteht die Grundschild für den Gläubiger mit Einigung, Eintragung und Briefübergabe (§§ 1192, 1113, 1115, 1117 Abs. 1, 873 BGB). Das Be- oder Entstehen einer Forderung ist gerade keine Voraussetzung. Die Bestellung der Grundschild als reines Buchrecht ist ebenso möglich (§§ 1192, 1116 Abs. 2 BGB)²⁰.

Einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Gläubiger und Grundstückseigentümer hinsichtlich des Forderungsbestands sieht die gesetzliche Regelung der Hypothek vor. Da die Grundschild eine Forderung aber gerade nicht voraussetzt, fehlen entsprechende Vorschriften hierzu. Für den Kreditverkehr und vor allem für die wirtschaftliche Macht der Banken hat sich der Interessenausgleich der Hypothek jedoch als nachteilig erwiesen. Als Kreditsicherungsmittel wurde daher stärker die Grundschild eingesetzt, bei der die Verbindung zwischen dinglichem Recht und schuldrechtlicher Forderung vertraglich durch einen sogenannten Sicherungsvertrag hergestellt wird (Sicherungsgrundschild)²¹. Der Sicherungsvertrag bestimmt, für welche Forderungen und aus welcher Geschäftsbeziehung die Grundschild haften soll. In ihm wird festgelegt, unter welchen Bedingungen der Gläubiger auf die Grundschild als Haftungsmöglichkeit Rückgriff nehmen darf. Dies wird in der Regel nur dann der Fall sein, wenn die Forderung zur Rückzahlung fällig ist und ein Rückgriff zur Befriedigung der Forderungen nötig ist. Darüber hinaus werden in dem Sicherungsvertrag auch die Art und Weise der Rückgewähr der Grundschild an den Grundstückseigentümer nach Erfüllung ihres Zwecks festgelegt, wie der Abtretung des Rechts, dem Verzicht (§ 1168 BGB) oder der regelmäßig als einzigen Möglichkeit vereinbarten Aufhebung (§ 875 BGB). Nach Erfüllung

¹⁹ RGZ 89, 161; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 1117 Rn. 3.

²⁰ *Westermann*, BGB-Sachenrecht, § 19 IV 2, Rn. 491.

²¹ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 m.w.N.; *Gerhardt*, Immobiliarsachenrecht, § 13; *Westermann*, BGB-Sachenrecht, § 19 IV 1 Rn. 492; *Westermann/Eickmann*, Sachenrecht, § 114 II; *Gaberdiehl*, Kreditsicherung und Grundschild, S. 225 ff., 564.

oder Wegfall des Sicherungszwecks gewährt zudem § 812 BGB einen Rückgewähranspruch gegen den Gläubiger²².

Auch bei der Sicherungsgrundschuld können Grundstückseigentümer und Schuldner der persönlichen Forderung personenverschieden sein. Bei der Eigentümergrundschuld kann der Grundstückseigentümer sogar für sich selbst als Gläubiger eine Grundschuld an seiner Immobilie bestellen (§ 1196 BGB). Mit Übergang des Eigentums am Grundstück wird die Grundschuld zum gewöhnlichen Fremdrecht. Im Rechtsverkehr kann der Gläubiger die Grundschuld als Briefrecht für eine etwaige Forderung als Sicherheit abtreten. Die Eigentümergrundschuld sichert dem Eigentümer auch die Rangstelle im Grundbuch gegenüber nachrangigen Grundpfandrechten und damit die Position gegenüber anderen Gläubigern am Grundstück²³.

IV. Übertragung und Bestand des Rechts

1. Hypothek

Aus Gründen der Akzessorietät ist bei der Übertragung einer Hypothek zu beachten, dass Forderungen und Hypothek untrennbar miteinander verbunden sind und daher nicht getrennt voneinander abgetreten werden können (§ 1153 BGB). Die Verkehrsfähigkeit der Hypothek wird durch den Hypothekenbrief erreicht, der im Rechtsverkehr den Grundbuchinhalt verkörpert. Bei einer Übertragung wird die hypothekarisch gesicherte Forderung nach § 398 BGB abgetreten und die Hypothek geht als akzessorisches Sicherungsrecht auf den neuen Gläubiger mit über (§ 401 BGB). Hierbei ist die besondere Formvorschrift des § 1154 BGB zu beachten, wonach die Abtretungserklärung schriftlich erfolgen (§ 126 BGB) und der Brief an den neuen Gläubiger übergeben werden muss. Bei einem Buchrecht hingegen ist die Grundbucheintragung des neuen Gläubigers erforderlich (§§ 1154 Abs. 3, 873 BGB)²⁴.

Der Bestand der Hypothek steht in direkter Abhängigkeit zur gesicherten Forderung. Sowohl bis zum Entstehen als auch bei endgültigem Nichtentstehen der Forderung, steht die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zu (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Briefhypothek steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu (§§ 1117 Abs. 1 S. 1, 1163 Abs. 2 BGB), sofern nicht der Gläubiger zur Entgegennahme beim Grundbuchamt berechtigt ist (§ 1117 Abs. 2 BGB). In diesem Fall ersetzt die Vereinbarung die Briefübergabe und die Hypothek gebührt bereits mit Grundbucheintragung dem Gläubiger. Zahlt der persönliche

²² Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn 2304 ff., insb. Rn 2337; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 II.

²³ Keller, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, S. 164, 165.

²⁴ Westermann, BGB-Sachenrecht, § 19 I 2 Rn. 462 f.

Schuldner, der mit dem Grundstückseigentümer nicht personenidentisch sein muss, auf die Forderung, entsteht in dieser Höhe eine Eigentümergrundschild (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 BGB)²⁵. Der Grundstückseigentümer wird in der Regel von seinem Befriedigungsrecht nach § 1142 BGB Gebrauch machen und auf die Hypothek zahlen, wenn der Schuldner die Forderung nicht zurückzahlen kann und der Gläubiger daraufhin mit Vollstreckung aus der Hypothek droht. Die Forderung gegen den Schuldner geht hiermit auf ihn über (§ 1143 BGB) und es entsteht eine Eigentümerhypothek. Verzichtet der Gläubiger auf seine Hypothek, entsteht kraft Gesetzes eine Eigentümerhypothek (§ 1168 BGB). Soweit die Forderung nicht oder nicht mehr existiert, ist eine Eigentümergrundschild gegeben. Hierdurch kann sich für die im Grundbuch eingetragene Hypothek eine Grundbuchunrichtigkeit ergeben²⁶.

2. Grundschild

Wegen der fehlenden Akzessorietät der Grundschild tritt bei der Übertragung einer Grundschild die Einigung zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger an die Stelle der Abtretungserklärung über eine Forderung. Bei einer Sicherungsgrundschild bestimmt jedoch der Sicherungsvertrag, dass der Gläubiger Forderung und Grundschild stets nur gemeinsam abtreten darf²⁷.

Im Gegensatz zur Hypothek ist die Grundschild von der gesicherten Forderung unabhängig. Lediglich der schuldrechtliche Sicherungsvertrag stellt eine Verbindung zwischen beiden her. Daher erwirbt der Gläubiger die Grundschild bereits mit der Briefübergabe bzw. bei einem Buchrecht mit der Grundbucheintragung (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Sicherungsvertrag gibt vor, inwieweit der Gläubiger die Grundschild zur Verwertung seiner Forderung heranziehen darf. Anders als bei der Hypothek entsteht mit der Forderungsrückzahlung nicht kraft Gesetzes eine Eigentümergrundschild aus der Sicherungsgrundschild. Es besteht nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers, die Grundschild an den Eigentümer zurückzugewähren. Zum einen kann die Rückgewähr durch Übertragung der Grundschild auf den Eigentümer (§ 873 BGB) erfolgen, wodurch eine Eigentümergrundschild durch Rechtsgeschäft entsteht, zum anderen ist ein Verzicht des Gläubigers auf seine Grundschild möglich (§ 1168 BGB), wobei die Eigentümergrundschild kraft Gesetzes entsteht. In der Regel wird aber die Aufhebung der Grundschild (§§ 875, 1192, 1183 BGB) mit Erreichen des Sicherungszwecks in den formularmäßigen Sicherungsverträgen vereinbart sein. Durch das Erlöschen der Grundschild rücken nachrangige Gläubiger im Rang auf, was das Gesetz bei der

²⁵ Weirich, Grundstücksrecht, § 22 Rn. 1403 ff.

²⁶ Keller, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, S. 165, 166.

²⁷ Keller, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, S. 165.

Regelung der Hypothek gerade durch die kraft Gesetzes entstehende Eigentümergrundschild verhindern wollte²⁸. Wie bei der Hypothek ist der Eigentümer berechtigt, auf die Grundschild zu zahlen (§§ 1142, 1143 BGB)²⁹. So entsteht kraft Gesetzes eine Eigentümergrundschild.

V. Umfang der hypothekarischen Haftung

Für den wirtschaftlichen Wert eines Sicherungsmittels spielt der Umfang der hypothekarischen Haftung eine wichtige Rolle. Daher ist es für den Gläubiger von Vorteil, die Reichweite seines exklusiven Zugriffsrechts zu kennen. Hinsichtlich des hypothekarischen Haftungsumfanges differieren die Interessen der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit naturgemäß mit denen des Insolvenzverwalters und denen der ungesicherten Gläubiger. Der Gläubiger möchte im Fall der Insolvenz des Grundstückseigentümers eine möglichst umfangreiche hypothekarische Haftung erreichen. Denn durch die in den Haftungsverband der Hypothek fallenden Gegenstände erhöht sich der Erlös der zwangsweisen Verwertung des Grundstückes und der Wert der Sicherheit steigt. Je umfangreicher aber die hypothekarische Haftung ist, desto mehr Haftungsmasse wird der Insolvenzmasse entzogen, was wiederum den Interessen des Insolvenzverwalters und der ungesicherten Gläubiger widerspricht. Die sachenrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG) regeln aber nur die Interessenlage von gesichertem Gläubiger und Eigentümer und vernachlässigen die Interessen der in der Insolvenz Beteiligten, deren Ausgleich mithin auch der Insolvenzordnung vorbehalten ist. Nach §§ 49, 165 InsO bleiben daher auch die Verwertungsmöglichkeiten der Grundpfandgläubiger grundsätzlich von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Grundstückseigentümers unberührt³⁰.

Der zivilrechtliche Ausgleich der Interessen von Grundpfandgläubigern und Grundstückseigentümern findet sich in den §§ 1120 ff. BGB. Das Grundstück wird hier als wirtschaftliche Einheit betrachtet und die Hypothekenhaftung ist weit reichend. Für die Sicherung des Kredits macht der Gesamtkomplex von Grundstück und den darauf errichteten Gebäuden sowie die dem Grundstückszweck dienenden beweglichen Sachen wirtschaftlich gesehen einen eigenen Wert aus, der für die Sicherung eines Kredits von Bedeutung ist³¹. Neben dem Grundstück

²⁸ Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 2337.

²⁹ BGH, MittbayNot 1971; BGH, NJW 1976, 2340; BGH, NJW-RR 1989, 1350; MünchKomm/Eickmann, BGB, § 1191 Rn. 104 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, § 1191 Rn 10, 11; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn 2337 ff.

³⁰ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 14, 15.

³¹ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 18.09.

selbst³² umfasst die Hypothekenhaftung die wesentlichen und nicht wesentlichen Bestandteile (§§ 93 – 96 BGB) einschließlich die vom Grundstück getrennten Erzeugnisse³³, das Zubehör (§§ 97, 98 BGB)³⁴, Miet- und Pachtzinsforderungen des Grundstückes (§§ 1123, 1124 BGB), die wiederkehrenden Leistungen (§ 1126 BGB, § 1120 i.V.m. § 96 BGB) und die Forderungen aus Versicherungsverträgen (§§ 1127 – 1130 BGB) über diejenigen Gegenstände, die selbst der hypothekarischen Haftung unterliegen. Den Miet- und Pachtzinsforderungen kommt eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu, da diese bei der Sicherung durch kommerziell genutzte Grundstücke mit gesicherten Mietzinsforderungen bereits den Grundstückswert oftmals um ein Vielfaches übersteigen³⁵. Wirtschaftlich sehr bedeutsam sind auch die in den hypothekarischen Haftungsverband fallenden Versicherungsforderungen. Sie dienen dem Schutz des Grundpfandgläubigers vor dem Substanzentzug einmal bestellter Sicherheiten, denn der Verkehrswert der Sicherung wird durch die Zerstörung des belasteten Objektes durch plötzlich eintretende Schadensfälle beträchtlich gemindert³⁶.

Bei diesem Haftungsumfang handelt es sich aber nur um einen potenziellen Umfang. Denn grundsätzlich kann der Eigentümer über die Gegenstände des Haftungsverbandes verfügen und hierdurch ihre Enthftung herbeiführen. Dennoch kann der Grundpfandgläubiger die potenzielle Haftung durch die Beschlagnahme des Grundstückes, d.h. durch Anordnung von Zwangsversteigerung oder -verwaltung, erreichen³⁷. Ausschlaggebende Zäsur ist die Beschlagnahme³⁸. Die Haftungsrealisierung und damit der konkrete Haftungsumfang sind im ZVG geregelt³⁹. Da die gesetzlichen Regelungen nicht abdingbar sind, können die Beteiligten keine abweichenden Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung zum hypothekarischen Haftungsumfang treffen; diese haben dann lediglich schuldrechtliche Wirkung⁴⁰.

Die unterschiedlichen Beschlagnahmewirkungen der beiden Arten der Grundstücksvollstreckung, also der Zwangsversteigerung und -verwaltung, sind zu beachten. Unterschiede ergeben sich nicht nur beim Umfang der Beschlagnahme, sondern auch bei der Beschränkung der

³² *Planck/Strecker*, BGB, § 1131 Anm. 1; vgl. auch Protokolle II, Band III, S. 550 f.; Motive, Band III, S. 652. – §§ 1118, 1119 Abs. 1 BGB machen deutlich, dass das Grundstück Haftungsobjekt ist.

³³ Ungetrennte Bestandteile und Erzeugnisse unterliegen bereits nach allgemeinen Grundsätzen der potenziellen Haftung der Immobiliarsicherheit, RGZ 83, 54, 56; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, § 1120 RN. 6.

³⁴ Statt einer gesetzlichen Definition findet sich dort aber nur eine typologische Umschreibung, *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 20 Rn. 64.

³⁵ *Bellinger/Kerl*, Hypothekendarstellungsgesetz, § 12 Rn. 83 ff.

³⁶ Ausführlich *Kisch*, WuRVer 1917, S. 1 ff.

³⁷ vgl. Motive, Band III, S. 661.

³⁸ *MünchKommEickmann*, BGB, § 1121 Rn. 7.

³⁹ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 39 Rn. 16; vgl. *Wieling*, Sachenrecht, § 28 vor I.

⁴⁰ RGZ 63, 371, 373; 125, 362, 365; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 39 Rn. 4 Fn. 2; *Lwowski*, Kreditsicherung, Rn. 806; *Wieling*, Sachenrecht, § 28 II 1 b); *Soergl/Konzen*, BGB, § 1120 Rn. 6; *RGRK/Kregel*, BGB, Vor §§ 97, 98 Rn. 14.

Verfügungsbefugnis des Eigentümers. Die Anordnung der Zwangsversteigerung hat die Wirkung eines relativen Verfügungsverbots im Sinne der §§ 135, 136 BGB⁴¹ (§ 23 Abs. 1 S.1 ZVG), wonach der Eigentümer nicht mehr wirksam im Verhältnis zum Grundpfandgläubiger über Gegenstände des Haftungsverbandes der Hypothek verfügen kann. Ausgenommen hiervon sind aber Verfügungen über bewegliche Sachen im Rahmen der ordnungsgemäßen Wirtschaft (§ 23 Abs. 1 S. 2 ZVG), die der Eigentümer weiterhin vornehmen kann. Wird hingegen eine Zwangsverwaltung angeordnet (§ 148 ZVG), ist eine solche Ausnahme von dem auch hier entstehenden relativen Verfügungsverbot⁴² nicht vorgesehen. Unabhängig von einer ordnungsgemäßen Wirtschaft sind die vom Eigentümer vorgenommenen Verfügungen dem Grundpfandgläubiger gegenüber unwirksam. Außerdem gehen die Verwaltungs- und Nutzungsrechte auf den Zwangsverwalter über⁴³. Bei der Anordnung einer Zwangsversteigerung umfasst die Beschlagnahme die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, d.h. das Grundstück selbst, Bestandteile, Zubehör, Erzeugnisse und Versicherungsleistungen (§§ 20 Abs. 2, 21 ZVG). Nicht erfasst sind dagegen Miet- und Pachtzinsforderungen und die land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse, die bereits vom Boden getrennt und nicht Zubehör des Grundstückes sind (§ 21 Abs. 2 ZVG). Weitergehend ist daher die Anordnung einer Zwangsverwaltung, denn diese erstreckt sich auch auf die bei der Zwangsversteigerung ausgenommen wirtschaftlich bedeutsamen Miet- und Pachtzinsforderungen, auf wiederkehrende Leistungen (§ 1126 BGB) und auf land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse⁴⁴.

B. Behandlung deutscher Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz

I. Verwertung der Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz - Regelinsolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners kann die Verwertung von Immobiliarsicherheiten auf verschiedene Art und Weise erfolgen. Die Verwertung kann sowohl vom Gläubiger der Immobiliarsicherheit als auch vom Insolvenzverwalter betrieben werden. Dem Insolvenzverwalter stehen hierbei mehrere Möglichkeiten zur Verfügung: Freihändiger Verkauf und Zwangsverfahren. Ergreift der gesicherte Gläubiger dagegen die Initiative, ist für ihn nur der Weg über die Zwangsverfahren eröffnet. Das Verwertungsrecht des Gläubigers hat

⁴¹ Nach § 173 ZVG gilt die Insolvenzverwalterversteigerung nicht als Beschlagnahme im Sinne der §§ 20 ff. ZVG.

⁴² RGZ 86, 255, 258; *RGRK/Mattern*, BGB, § 1121 Rn. 21; *Wieling*, Sachenrecht, § 28 II 3.

⁴³ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 17.

⁴⁴ *Stöber*, ZVG, § 148 Anm. 2.1.

zudem durch die Erleichterung der Verfahrenseinstellung und die Kostenbeteiligungspflicht eine Einschränkung erfahren. Die verfahrensrechtliche Stellung des Insolvenzverwalters wurde indes durch die Insolvenzordnung (InsO) gestärkt.

1. Verwertung durch den Gläubiger einer Immobiliarsicherheit

Eine Immobiliarsicherheit gibt dem hierdurch gesicherten Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners der Immobiliarsicherheit ein Absonderungsrecht (§ 49 InsO). Im Unterschied zu den Gläubigern mit einem Absonderungsrecht an beweglichen Gegenständen (§§ 166 ff., 173 InsO), hat das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters keinen Vorrang gegenüber dem Verwertungsrecht der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit⁴⁵. Der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit hat es damit selbst in der Hand, die Immobilie zu verwerten. Allerdings kann er die Verwertung nur im Rahmen einer Zwangsversteigerung oder einer Zwangsverwaltung betreiben, deren Voraussetzungen überwiegend dem ZVG und der ZPO zu entnehmen sind (§§ 49, 165 InsO)⁴⁶. Durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens werden laufende Zwangsversteigerungsverfahren sowie Zwangsverwaltungen nicht unterbrochen, sondern fortgeführt⁴⁷.

Die Verwertung einer Immobiliarsicherheit setzt einen vollstreckbaren Titel gegen den Insolvenzverwalter⁴⁸ als Partei kraft Amtes⁴⁹ voraus. Hat der absonderungsberechtigte Gläubiger bereits einen Titel gegen den Schuldner, bedarf es einer Umschreibung des Titels nach §§ 727, 750 Abs. 2 ZPO. Gläubiger von Immobiliarsicherheiten werden in der Regel einen Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO innehaben, da sich der Schuldner der sofortigen Zwangs-

⁴⁵ Gerhardt, Grundpfandrechte, Rn. 249; Smid, ZInsO 2001, S. 433, 455.

⁴⁶ LG Cottbus NZI 2000, 183 = ZInsO 2000, 107. Die vor der deutschen Insolvenzrechtsnovelle von 1999 bestehenden Unsicherheiten für Finanzierungen in den neuen Bundesländern sind dadurch obsolet geworden. Der Grund für diese Unsicherheiten lag in einigen Gerichtsentscheidungen (AG Halle/Saalkreis ZIP 1995, 1538; LG Memmingen ZIP 1995, 1537; LG Magdeburg vom 30.1.1996 – 3 T 70/96), nach denen im Gesamtvollstreckungsverfahren nach Anordnung eines Verfügungsverbots und während des eröffneten Verfahrens Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung nicht nur aus Zwangshypotheken (BGH ZIP 1995, 480; Thüringer OLG WM 1996, 884; LG Chemnitz ZIP 1995, 306; AG Meiningen ZIP 1995, 308), sondern auch aus vertraglich bestellten Grundpfandrechten ausgeschlossen sein sollten (A.A. LG Gera ZIP 1996, 681; LG Schwerin WM 1996, 887; OLG Dresden WM 1996, 1276; OLG Jena DtZ 1997, 21; LG Leipzig ZIP 1996, 880; LG Leipzig ZIP 1996, 1051; LG Cottbus ZIP 1997, 1889).

⁴⁷ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.364 b.

⁴⁸ OLG Stuttgart NJW 1958, 1353; OLG Hamm RPflegler 1966, 24; Gerhardt, Grundpfandrechte, Rn. 250; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 23; Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 165 Rn. 52; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 76; Mohrbutter/Vortmann, Handbuch der Insolvenzverwaltung; Rn. VI. 231; a.A. Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S. 65.

⁴⁹ BGHZ 100, 346, 351; Bork, Insolvenzrecht, Rn. 68 m.w.N. in Fn. 30; a.A. Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, § 6 KO Anm. 2b); vgl. auch OLG Hamm NZI 2002, 103.

vollstreckung unterworfen haben wird⁵⁰. Ist die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergegangen, ist der Titel wegen der Amtstheorie ebenso für Vollstreckungen im Insolvenzverfahren umzuschreiben⁵¹. Bei der Titelumschreibung ist grundsätzlich zwischen Fortsetzung und Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen zu unterscheiden. Wird die Vollstreckung im eröffneten Verfahren fortgesetzt, ist eine erneute Umschreibung des Titels auf den Insolvenzverwalter nicht erforderlich, da hier nichts anderes gelten kann als bei der Fortsetzung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, das vor Stellung des Insolvenzeröffnungsantrages angelaufen ist⁵². Eine Titelumschreibung ist ebenso wenig bei der Freigabe des Grundstückes erforderlich, da die Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner ohne weiteres betreiben können⁵³.

a) Zwangsversteigerung

Eine Zwangsversteigerung, die außerhalb des Insolvenzverfahrens stattfindet, richtet sich nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes.

(1) Verfahren

Der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit hat zunächst die Anordnung der Zwangsversteigerung zu beantragen. Ohne Bedeutung ist für ihn die Wirksamkeit der Beschlagnahme zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens⁵⁴. Wird die Zwangsversteigerung bereits durch den Insolvenzverwalter nach §§ 172 ff. ZVG betrieben, so hat der Gläubiger diesem Verfahren beizutreten. Auch wenn sich die Zwangsversteigerung durch einen Gläubiger von der Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter unterscheidet, kann dies dem absonderungsberechtigten Gläubiger nicht die Möglichkeit nehmen, der Verwalterversteigerung beizutreten⁵⁵, die auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten zuzulassen ist⁵⁶. Die sich bei der Verwalterversteigerung nach §§ 172 ff. ZVG ergebenden Unterschiede werden durch die Zuschlagserteilung, die bei Doppelausgeboten nach Maßgabe einer bestimmten Reihenfolge zu erfolgen hat, die später noch näher erläutert wird, gebührend beachtet⁵⁷. Prin-

⁵⁰ OLG Stuttgart NJW 1958, 1353; OLG Hamm RPfleger 1966, 24; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, RN. 5/409; *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, § 165 Rn. 52; *Mohrbutter*, KTS 1958, S. 81; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, 2336, 2338; *Helwich*, DGVZ 1998, 50, 53.

⁵¹ LG Cottbus NZI 2000, 183 = ZInsO 2000, 107.

⁵² *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 66; a.A. *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 49.

⁵³ OLG Hamm RPfleger 1966, 24.

⁵⁴ *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 249.

⁵⁵ So aber *Stöber*, ZVG, § 172 Anm. 7.1.; *Steiner/Eickmann*, ZVG, § 172 Rn. 31.

⁵⁶ *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 12; *Braun/Gerbers*, InsO, § 165 Rn. 5; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 126 KO Anm. 2; *Smid*, NotBZ 1998, S. 81, 84; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 66 f.; vgl. auch die Ähnlichkeiten zum Beitritt des Insolvenzverwalters im 6. Kapitel B.I.2.c) (1).

⁵⁷ Vgl. hierzu im 6. Kapitel B.I.2.a) (1).

zipiell ist das durch den gesicherten Gläubiger betriebene Zwangsversteigerungsverfahren ein echtes Zwangsvollstreckungsverfahren. Die Rechte der Gläubiger erfahren jedoch in der Insolvenz des Schuldners eine Beschränkung, zum einen durch eine mögliche einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens und zum anderen durch eine Kostenbeteiligung.

(2) Einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung

Bei der Regelung zur einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung steht der Schuldnerschutz im Vordergrund⁵⁸. Einzelne gesicherte Gläubiger, die bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. in einer frühen Verfahrensphase die Zwangsvollstreckung betreiben, begrenzen hierdurch die Chance einer hohen gewinnbringenden Verwertung. Mit einer einstweiligen Einstellung soll dieses Vorgehen unterbunden werden. Indirekt wird dadurch ein Schutz der Gläubigergesamtheit erreicht, weil eine Verteilung des Überschusses (§ 199 InsO) an den Schuldner bzw. die am Schuldner beteiligten Personen nur von theoretischer Bedeutung ist. Mittelbar schützt dies wiederum auch die absonderungsberechtigten Gläubiger bei einem Ausfall, da dies zu einer Erhöhung der Quote auf ihre Ausfallforderungen führt (§§ 52, 191 InsO)⁵⁹.

Gläubiger einer Immobiliarsicherheit mussten durch die Einführung der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 eine nicht unerhebliche Schwächung ihrer Rechtsstellung hinnehmen⁶⁰. Nach der alten Fassung des § 30 c ZVG⁶¹ war es dem Verwalter nur dann möglich, die Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger einstweilen einzustellen, wenn es durch sie zu einer wesentlichen Erschwerung der angemessenen Verwertung der Masse kam oder ein Vergleichsvorschlag eingereicht wurde. Nunmehr kann der Insolvenzverwalter die Verwertung durch die Gläubiger leichter verhindern. Der Gesetzgeber wollte durch diese Neuregelung eine Relativierung der ungleichen Befriedigungsmöglichkeiten von gesicherten und ungesicherten Gläubigern herbeiführen, was er zu Lasten der gesicherten Gläubiger getan hat⁶². Zudem strebte er die Erleichterung der Unternehmensfortführung bei der Verwertung von Betriebsgrundstücken an⁶³. Aus Gründen der Sachnähe hat der Gesetzgeber die Zuständigkeit für die einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens beim Vollstreckungsgericht belassen

⁵⁸ Stöber, ZVG, § 30 d Anm. 1.1.

⁵⁹ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 67.

⁶⁰ Vgl. Frings, Sparkasse 1996, S. 384; Wenzel, NZI 1999, S.101.

⁶¹ Die bis zum 31. Dezember 1998 galt.

⁶² BT-Drucks. 12/2443, S. 87; vgl. Marotzke, ZZP 109 (1996), S. 429, 442.

⁶³ Stöber, ZVG, § 30 d Anm. 1.1; Beckers, WM 1990, S. 1177, 1182.

(§ 775 Nr. 2 ZPO) und nicht dem Insolvenzgericht übertragen, wie dies § 187 Abs. 1 des Regierungsentwurfs vorsah⁶⁴.

(a) Einstellungsvoraussetzungen

In § 30 d ZVG sind die Voraussetzungen für die Beantragung einer einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter geregelt, die vom Insolvenzverwalter glaubhaft gemacht werden müssen (§ 30 d Abs. 3 ZVG, § 294 ZPO).

Nach § 30 d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZVG kann die Zwangsversteigerung eingestellt werden, wenn der Berichtstermin im Insolvenzverfahren noch nicht erfolgt ist. Der Berichtstermin ist eine Gläubigerversammlung, in der auf der Grundlage eines Berichts des Insolvenzverwalters über den Fortgang des Insolvenzverfahrens entschieden wird (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter muss in dieser Gläubigerversammlung hinsichtlich der Chancen einer Unternehmenserhaltung, der Notwendigkeit der Erstellung eines Insolvenzplanes und der sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Ansprüche der Gläubiger Stellung beziehen⁶⁵. Zusätzliche Voraussetzungen sind für die einstweilige Einstellung nicht erforderlich, so dass der Insolvenzverwalter im Zeitraum bis zum Berichtstermin eine starke Position einnimmt⁶⁶. Da die Gläubigerversammlung über die konkrete Vorgehensweise entscheidet, sollen alle Möglichkeiten der Abwicklung des Insolvenzverfahrens bis dahin offen gehalten werden⁶⁷.

Des Weiteren ist die Zwangsversteigerung einstweilen einzustellen, wenn das Grundstück nach dem Ergebnis des Berichtstermins im Insolvenzverfahren für eine Fortführung des Unternehmens oder für die Vorbereitung einer Betriebsveräußerung oder einer anderen Gesamtheit von Gegenständen benötigt wird (§ 30 d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZVG). Im Berichtstermin muss die Gläubigerversammlung daher einen Beschluss gefasst haben⁶⁸. Die Insolvenzordnung tendiert grundsätzlich dazu, die Fortführung von Unternehmen zu erleichtern, womit diese Einstellungsvariante konform geht. Sachgesamtheiten sollen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zerschlagen werden, da einzelne speziell auf das Unternehmen abgestimmte und andernorts schlecht integrierbare Gegenstände bei einem Einzelverkauf von geringem Wert wären. Letztlich soll die Erhaltung des Vermögensverbundes höhere Erfüllungsquoten aller

⁶⁴ BT-Drucks. 12/7302, S. 176; BT-Drucks. 12/7303, S. 108; Niesert, InVO 1998, S. 141, 143. – In vielerlei Hinsicht hat dies jedoch zu unbedachten und weit reichenden Folgen geführt.

⁶⁵ Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 29 Rn. 13 f.; Burger/Schellberg, AG 1995, S. 57, 59.

⁶⁶ Marotzke, ZZP 109 (1996), S. 429, 452; vgl. auch Stöber, ZVG, § 30 d Anm. 2.3 a).

⁶⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 176.

⁶⁸ Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 27.

Gläubiger ermöglichen, die durch die Fortführung und dort wo sie wirtschaftlich nicht zweckmäßig oder möglich ist, durch die Veräußerung von Sachgesamtheiten erzielt werden⁶⁹.

Darüber hinaus kann die Zwangsversteigerung dann einstweilen eingestellt werden, wenn die Durchführung eines vorgelegten Insolvenzplanes durch die Versteigerung gefährdet würde (§ 30 d Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ZVG). Dafür muss zum einen ein zulässiger Insolvenzplan vorliegen⁷⁰, zum anderen müssen dessen Regelungen einen der Zwangsversteigerung unterliegenden unbeweglichen Gegenstand betreffen⁷¹, damit die Realisierung des Insolvenzplanes gefährdet werden kann. Die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger werden nämlich nur dann vom Insolvenzplan berührt, wenn dies im Plan ausdrücklich geregelt ist (§ 223 Abs. 1 S. 1 InsO). Fehlt eine solche Bestimmung, kann in die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger nicht eingegriffen werden, so dass der Insolvenzplan trotz der Zwangsversteigerung durch die Gläubiger einer Immobiliarsicherheit ungehindert durchführbar sein muss, was zur Konsequenz hat, dass das Zwangsverfahren nicht einstweilen eingestellt werden kann. Dürfen die Rechte der Grundpfandgläubiger aber beschnitten werden, kommt es durch eine Zwangsversteigerung von Gegenständen, die nach einem Insolvenzplan der Vermögensverwertung bzw. der Neuordnung des schuldnerischen Unternehmens dienen würden, zu einer zusätzlichen Erschwerung der ohnehin schon schwierigen Erstellung eines Insolvenzplanes. Ein Insolvenzplan wird in der Regel dann aufgestellt, wenn sich die Gläubiger davon höhere Befriedigungsquoten erwarten, weshalb auch Gläubiger von Immobiliarsicherheiten an der Erhaltung des Vermögensverbundes interessiert sein dürften⁷². Der ungefährdeten Durchführung des Insolvenzplanes wurde ein hoher Stellenwert eingeräumt, was sich daran zeigt, dass sogar der Schuldner die einstweilige Einstellung beantragen kann, wenn der Schuldner einen Insolvenzplan vorgelegt hat und dieser nicht vom Insolvenzgericht zurückgewiesen worden ist (§ 30 d Abs. 2 ZVG)⁷³.

Die Zwangsversteigerung ist schließlich dann einstweilen einzustellen, wenn die angemessene Verwertung in sonstiger Weise durch die Versteigerung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert würde (§ 30 d Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ZVG). Dieser Auffangtatbestand spielt in der Praxis eine große Rolle und soll der Unterbindung von Vollstreckungen „zur Unzeit“⁷⁴ dienen. Wegen der weiten Fassung sind an die Glaubhaftmachung strengere Anforderungen zu stellen, so

⁶⁹ Burger/Schellberg, AG 1995, 57, 59.

⁷⁰ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 5/429.

⁷¹ Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 28.

⁷² Burger/Schellberg, AG 1995, S. 57, 59; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 69.

⁷³ Zu den Einstellungsmöglichkeiten nach § 30 d ZVG im Zusammenhang mit Insolvenzplänen vgl. auch Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 576 f.

⁷⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 176.

dass konkrete Anhaltspunkte für eine vorteilhaftere und in absehbarer Zeit realisierbare Verwertungsmöglichkeit vorhanden sein müssen⁷⁵.

(b) Ablehnung des Antrages auf einstweilige Einstellung

Ein auf die oben genannten vier Gründe gestützter Antrag eines Insolvenzverwalters ist vom Zwangsvollstreckungsgericht nur dann abzulehnen, wenn die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung dem Gläubiger unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zuzumuten ist (§ 30 d Abs. 1 S. 2 ZVG). Für den Gläubiger müssen die mit der einstweiligen Einstellung verbundenen Verzögerungen trotz aller Ausgleichsleistungen, wirtschaftlich nicht zu verkraften sein. Zinsen oder andere laufende Zahlungen können die durch eine spätere Verwertung entstehenden Nachteile der Gläubiger nicht völlig kompensieren⁷⁶. Um Liquiditätsprobleme zu vermeiden, ist häufig eine, wenn auch geringere, dafür aber schnellere Befriedigung zweckmäßiger.

Da im Regelfall Banken oder andere finanzkräftige Unternehmen Gläubiger von Immobiliarsicherheiten sind, spielt § 30 d Abs. 1 S. 2 ZVG eine eher untergeordnete Rolle. Diese Vorschrift greift daher erst, wenn das Kreditinstitut selbst in einer ernsten finanziellen Krise steckt⁷⁷. Ein Schutz nach § 30 d Abs. 1 S. 2 ZVG kommt überdies in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung wegen der damit verbundenen Zahlungsauflagen nach § 30 e ZVG bis kurz vor Abschluss des Zwangsversteigerungsverfahrens lange herausgezögert hat. Der wirtschaftliche Nachteil für einen gesicherten Gläubiger kann hier bereits darin bestehen, dass in einem späteren Versteigerungstermin keine gleich hohen Gebote mehr abgegeben werden würden und dem Gläubiger hierdurch eine schon hinreichend konkretisierte Rechtsposition ohne Ausgleich entzogen werden würde⁷⁸.

Der mit § 30 d Abs. 1 S. 2 ZVG beabsichtigte Gläubigerschutz ist aber von Bedeutung, wenn eine Privatperson Gläubiger der Kreditsicherheit ist und selbst am Rande der wirtschaftlichen

⁷⁵ LG Ulm ZIP 1980, 477, 478; LG Düsseldorf KTS 1956, 62, 63; Stöber, ZVG, § 30 d Anm. 2.3 d); Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 30; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 98 f.

⁷⁶ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 72; ähnlich aber sehr weit Wenzel, NZI 1999, S. 101, 102; wohl a.A. Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336, 2340; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 100.

⁷⁷ Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1481; Obermüller, WM 1994, S. 1869, 1872; Obermüller/Hess, InsO, Rn. 1368; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.369; Ganter, in: Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 956; Hess, Bankrechtstag 1999, 101, 109; Vallender, RPfeger 1997, S. 353, 355; Gaiser, DZWIR 1999, S. 446, 448; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 30; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 54.

⁷⁸ Stöber, NZI 1998, S. 105, 109; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 100; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 73.

Existenz steht⁷⁹. In diesem Fall ist der Antrag auf Einstellung der Zwangsversteigerung trotz der gegebenen Voraussetzungen nach § 30 d Abs. 1 Nr. 1 - 4 ZVG abzulehnen. Die Interessen des vollstreckenden Gläubigers werden hierbei jedoch immer gegen die der Insolvenzgläubiger abgewogen⁸⁰, deren Interessen regelmäßig schwerer wiegen⁸¹.

(c) Einstellung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Dem vorläufigen Insolvenzverwalter wurde in § 30 d Abs. 4 ZVG ausdrücklich das Antragsrecht auf Anordnung einer einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung eingeräumt, da er nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO gerade nicht dazu befugt ist, die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Gegenstände zu untersagen, da hierfür nicht das Insolvenzgericht, sondern das Zwangsvollstreckungsgericht zuständig ist. Diese Befugnis kann er unabhängig von einem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auf ihn ausüben⁸². Der vorläufige Insolvenzverwalter hat mit seinem Antrag glaubhaft zu machen, dass die einstweilige Einstellung zur Verhütung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners erforderlich ist (§ 30 d Abs. 4 ZVG). Dem Sequester stand nach altem Konkursrecht diese Möglichkeit noch nicht zur Verfügung⁸³, was zu einer weiteren Verschlechterung der Position der gesicherten Gläubiger geführt hat. Ein gewisser Automatismus zeichnet sich bezüglich der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung in der Unternehmensinsolvenz ab⁸⁴, was im Wesentlichen auf Folgendes zurückzuführen ist. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat zum einen das Unternehmen nach § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO grundsätzlich fortzuführen, zum anderen stets zu verhindern, dass einzelne Vermögensgegenstände vorzeitig auseinander gerissen werden, wenn die Chance einer Reorganisation des Unternehmens besteht⁸⁵. Darüber hinaus wird der vorläufige Insolvenzverwalter auch aus Haftungsgründen (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 60 InsO)⁸⁶ die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung beantragen.

⁷⁹ Niesert, InvO 1998, S. 141, 143.

⁸⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 176.

⁸¹ Vgl. OLG Braunschweig NJW 1968, 164 (zu § 30 c ZVG); Stöber, ZVG, § 30 d Anm. 3; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 31; Stöber, NZI 1998, S. 105, 108; zweifelnd Muth, in: Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, § 30 c Rn. 9.

⁸² MünchKommLwowski, InsO, § 165 Rn. 88.

⁸³ Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 21 Rn. 25; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 60.

⁸⁴ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 71; ähnlich Hintzen, ZInsO 1998, S. 318, 320; Uhlenbruck in: Uhlenbruck, InsO, § 21 Rn. 31. Falls das Vorhaben des Gesetzgebers, die übertragende Sanierung auch schon im Insolvenzeröffnungsverfahren zuzulassen (vgl. Art. 1 Nr. 7 des Diskussionsentwurfs des BMJ zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und andere Gesetze vom April 2003), tatsächlich umgesetzt wird, wird dies noch zunehmen.

⁸⁵ Eickmann, ZfIR 1999, S. 81, 83.

⁸⁶ Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 193 ff. (Rn. 13); Bork, Insolvenzrecht, Rn. 252 Fn. 16; Städler, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 235 f.; Uhlenbruck, KTS 1994, S. 169, 176 f.; Uh-

(d) Rechtsbehelfe gegen den Einstellungsbeschluss

Gegen den Beschluss der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsgericht ist die sofortige Beschwerde statthafter Rechtsbehelf (§ 30 d Abs. 3 ZVG i.V.m. § 30 b Abs. 3 ZVG). Gegen die Beschwerdeentscheidung ist wiederum die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn das Beschwerdegericht diese zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Gegen die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung im Eröffnungsverfahren kann dagegen nicht vorgegangen werden. Das lässt sich zum einen aus der Gesetzessystematik entnehmen, da § 30 d Abs. 3 ZVG, der auf die Rechtsbehelfe des § 30 b III ZVG verweist, noch vor § 30 d Abs. 4 ZVG geregelt ist, der die einstweilige Einstellung im Eröffnungsverfahren ermöglicht. Zum anderen kann eine Parallele zu § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO gezogen werden, da im Eröffnungsverfahren gegen einen Beschluss zur einstweiligen Einstellung anderer Zwangsvollstreckungsmaßnahmen auch kein Rechtsbehelf statthaft ist⁸⁷.

Darüber hinaus sind in § 30 f ZVG die Fälle geregelt, in denen die einstweilige Einstellung auf Antrag des Gläubigers aufzuheben ist. Zu einer Aufhebung kommt es, wenn die Voraussetzungen für die Einstellung fortgefallen sind, wenn die Auflagen zum Nachteilsausgleich nach § 30 e ZVG nicht beachtet werden, der Insolvenzverwalter bzw. der Schuldner im Falle des § 30 d Abs. 2 ZVG, der Aufhebung zustimmt (§ 30 f Abs. 1 S. 1 ZVG) oder das Insolvenzverfahren beendet ist (§ 30 f Abs. 1 S. 2 ZVG). Gegen diesen Aufhebungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts ist die sofortige Beschwerde zulässig. Wird der Antrag nicht binnen sechs Monaten nach der Einstellung von einem Gläubiger gestellt, ist das Verfahren aufzuheben (§ 31 Abs. 1 S. 2 ZVG).

(3) Nachteilsausgleich für die Gläubiger

Da der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit bei einer einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung aus seiner Sicherheit nicht vorgehen kann und ihm hierdurch Nachteile in mehrerer Hinsicht erwachsen, sieht das Gesetz in § 30 e ZVG einen Ausgleich dieser Nachteile vor. So verursachen nicht nur die zeitliche Verzögerung der Verwertung, sondern auch die durch eine weitere Nutzung des Grundstückes mögliche Wertminderung Verluste für den Gläubiger einer Immobiliarsicherheit. Um zu verhindern, dass der wirtschaftliche Wert des

lenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, § 21 Rn. 31; Vallender, RPfleger 1997, S. 353, 355; Jungmann, NZI 1999, S. 352, 353.

⁸⁷ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 3/280; Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 193 ff. (Rn. 34); vgl. Vallender, ZIP 1997, S. 1993, 1996; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 34 Rn. 5 ff.

Gläubigerrechts nicht gemindert wird und der Gläubiger nicht vom bloßen Zeitablauf überverteilt wird, sind diese Nachteile zu kompensieren⁸⁸.

(a) Zinsausgleich nach § 30 e Abs. 1 ZVG

Die erste Variante des Nachteilsausgleichs ist in § 30 e Abs. 1 ZVG geregelt. Das Zwangsvollstreckungsgericht hat hiernach die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung mit der Auflage zu verbinden, dass dem betreibenden Gläubiger für die Zeit nach dem Berichtstermin die laufend geschuldeten Zinsen gezahlt werden.

(i) Vereinbarung der Zinshöhe

Auf welche Zinshöhe abzustellen ist, das heißt, ob entweder auf die vertraglich vereinbarte, also schuldrechtliche Zinshöhe⁸⁹, oder aber auf die im Grundbuch eingetragenen dinglichen Zinsen⁹⁰, ist umstritten⁹¹. Ausgehend von Sinn und Zweck des Nachteilsausgleichs und unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien kann hier aber nur die Höhe der schuldrechtlichen Zinsen maßgeblich sein.

Zieht man eine Parallele zu der für die Verwertung beweglicher Gegenstände geltenden Norm in § 169 InsO, mit der der Gesetzgeber einen an die Ansprüche der Grundpfandgläubiger gleichartigen Anspruch schaffen wollte⁹², wird klar, dass nur schuldrechtliche Zinsen in Betracht kommen können, da dingliche Zinsen bei beweglichen Sachen gar nicht denkbar sind⁹³. Stellt man demnach auf den schuldrechtlichen Zinssatz ab, kann zwar dem vom Gesetzgeber

⁸⁸ BT-Drucks. 12/2443, S. 176.

⁸⁹ LG Göttingen NZI 2000, 186 = ZInsO 2000, 163; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 104; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165, Rn. 38; Depré, in: *Smid*, InsO, § 49 Rn. 64; Blersch, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 21 Rn. 33; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 83; *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, § 21 Rn. 35; Hess, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 39 f.; Hess, Bankrechtstag 1999, S. 101, 109; *Liebelt-Westphal* in: *Huntemann/Brockdorff*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, S. 172; *Wittig*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rn. 1484; *Obermüller/Hess*, Insolvenzordnung, Rn. 1369; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 165 Rn. 19; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 252; *Städler*, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 238; *Knees*, ZIP 2001, S. 1568, 1578; *Obermüller*, WM 1994, S. 1869, 1872; *Wenzel*, NZI 1999, S. 101, 102 f.; *Pape*, ZInsO 1999, S. 398, 399; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2339 f.; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der Insolvenzordnung, Rn. 5/427; *Becker*, WM 1990, S. 1177, 1182.

⁹⁰ Der Begriff der dinglichen Zinsen ist besonders bei der Grundschild von Bedeutung (vg. § 1922 Abs. 2 BGB), da sie Inhalt des dinglichen Rechts sind (BGH NJW 1987, 946, 947), und der Anspruch auf ihre Zahlung aus dem Grundstück abstrakt ist (BGH WM 1981, 581, 582), so dass sie bei der Verwertung der Grundschild auch zur Deckung des Hauptbetrages der gesicherten Forderung geltend gemacht werden können (BGH WM 1982, 839, 841).

⁹¹ *Hintzen*, ZInsO 2000, S. 205 f.; *ders.*, RPFleger 1999, S. 256, 260; *ders.*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1107 ff.; *Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, § 153 b ZVG Rn. 15; *Stöber*, ZVG, § 30 e Anm. 2.2; *Eickmann*, ZfIR 1999, S. 81, 83; *Keller*, ZfIR 2002, S. 861, 868 f.; *Steder*, in: *Handbuch Unternehmensinsolvenz*, Kap. 8 Rn. 66; ähnlich *B. Schmidt*, InVo 1999, S. 73, 76.

⁹² BT-Drucks. 12/2443, S. 180.

⁹³ Vgl. *Knees*, ZIP 2001, S. 1568, 1578.

angeführten Gesichtspunkt der Praktikabilität⁹⁴ nicht völlig Rechnung getragen werden, da das Gericht zusätzlichen Aufwand durch die Ermittlung der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Grundpfandgläubiger und -schuldner hat. Allein dieser Umstand spricht aber noch nicht dafür, dass die dinglichen Zinsen maßgeblich sind, auch wenn die Bezugnahme auf das Grundbuch für das Gericht praktikabler erscheint⁹⁵.

Die Gesetzesbegründung gibt Aufschluss über Sinn und Zweck bzw. Grenzen des Nachteilsausgleichs. So können die Zinsen „vertraglich vereinbarte oder kraft Gesetzes geschuldete (§ 288 BGB, § 352 HGB) Zinsen“ sein. Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit Tilgungszahlungen während der Zinszahlung erhält, da er der Ansicht war, dass sich diese wegen der Zinszahlungen anderweitig ausreichend refinanzieren könnten⁹⁶.

Angenommen die Höhe der dinglichen Zinsen wäre ausschlaggebend⁹⁷, würde dadurch nicht nur eine Refinanzierung ermöglicht, sondern auch eine Möglichkeit geschaffen werden, die es gerade zu vermeiden gilt. Denn in der Praxis bedeuten dingliche Zinsen eine Übersicherung⁹⁸. Gegenwärtig sind Vereinbarungen von Grundschuldzinsen in Höhe von 15 Prozent jährlich und mehr die Regel⁹⁹. Der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit, der einen Nachteilsausgleich beansprucht, könnte bei einem dinglichen Zinssatzes in § 30 e ZVG trotz Einstellung der Zwangsversteigerung eine Befriedigung durch den Differenzbetrag zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Zinsen erreichen. Eine derartige Schmälerung der Masse zu einem Zeitpunkt, bei dem noch nicht über die Verwertung des mit dem Absonderungsrechts belasteten Grundstückes entschieden ist, würde aber dem Sinn und Zweck der Gewährung eines Nachteilsausgleichs zuwiderlaufen¹⁰⁰.

Bei alledem muss klar zwischen der Bemessung des Nachteilsausgleichs und dem Erlösanteil bei der Verwertung differenziert werden¹⁰¹. Der eben behandelte Nachteilsausgleich bemisst

⁹⁴ BT-Drucks. 12/2443, S. 177 zu § 188 Regierungsentwurf, jetzt § 30 e ZVG.

⁹⁵ Eickmann, ZfIR 1999, S. 81, 83; B. Schmidt, InVo 1999, S. 73, 76.

⁹⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 177; vgl. auch Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1484.

⁹⁷ Anderes gilt dafür im Rahmen der nach § 30 e Abs. 3 ZVG aufzustellenden Prognose, ob der zum Nachteilsausgleich berechnete Gläubiger mit einer Befriedigung aus dem Versteigerungserlös rechnen kann, denn für die Bestimmung des Umfangs des Anspruchs nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG der vorrangigen Gläubiger sind die dinglichen Zinsen zweifelsohne maßgeblich. Zur Realisierung der Grundschuldzinsen vgl. Clemente/Lenk, ZfIR 2002, S. 337, 338 f.

⁹⁸ MünchKommLwowski, InsO, § 165 Rn. 104.

⁹⁹ BGH WM 1999, 382, 382; Keller, ZfIR 2002, S. 861, 818 f.: 14-18 Prozent; vgl. auch Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, § 153 b ZVG Rn. 15: Kreditzinsen in Höhe von 5-6 Prozent gegenüber dinglichen Zinsen in Höhe von 15-18 Prozent; ausführlich u.w.N. Clemente/Lenk, ZfIR 2002, S. 337 ff.

¹⁰⁰ Aufgrund dessen ist die Höhe der dinglichen Zinsen durchaus ein Argument dafür, dass die schuldrechtlichen Zinsen zur Bemessung heranzuziehen sind. a.A. Keller, ZfIR 2002, S. 861, 869.

¹⁰¹ BT-Drucks. 12/2443, S. 177.

sich nach den schuldrechtlichen Zinsen und soll eine Masseschmälerung in dieser Phase vermeiden. Hingegen laufen die dinglichen Zinsen während des Insolvenzverfahrens fort¹⁰², wachsen stetig an und steigern somit in diesem Zeitraum den Umfang der Sicherheit. Wenn dann die Immobiliarsicherheit verwertet wird – entweder durch den Insolvenzverwalter, oder aber durch Fortsetzung der Zwangsversteigerung nach Aufhebung der einstweiligen Einstellung – kann der Gläubiger der Immobiliarsicherheit hierdurch keinen Nachteil erleiden. Letztlich wird die Insolvenzmasse laufend im Umfang der dinglichen Zinsen geschmälert¹⁰³, was aber selbstverständlich ist, da sich die abgesonderten Befriedigung stets nach dem Umfang der Sicherheit beurteilt. Der Nachteilsausgleich des § 30 e ZVG, der lediglich Verzögerungsnachteile kompensieren und den wirtschaftlichen Wert der Immobiliarsicherheit bis zur Verwertung erhalten will und gerade keine Vorabbefriedigung darstellt, kann sich daher nicht nach den Zinsen bemessen, die dem Gläubiger im Vollstreckungsverfahren aus dem Verwertungserlös gebühren¹⁰⁴.

(ii) Beginn der Zinszahlungspflicht

Bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung beginnt die laufende Zinszahlungspflicht aus der Insolvenzmasse erst nach dem Berichtstermin und hat binnen zwei Wochen nach Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen (§ 30 e Abs. 1 S. 1 ZVG). Auch wenn der Gläubiger seine Zinsen bis zum Berichtstermin nicht als laufende Zahlung erhält, berührt dies weder das Bestehen des Zinsanspruchs noch die Haftung der Sicherheit für die bis dahin anfallenden Zinsen. Wird das Grundstück später verwertet, sind die angefallenen Zinsen bei der Verteilung des Veräußerungserlöses einzubeziehen¹⁰⁵.

Wurde das Versteigerungsverfahren bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens einstweilen eingestellt, beginnt die Pflicht zur laufenden Zinszahlung spätestens drei Monate nach der ersten einstweiligen Verfügung (§ 30 e Abs. 1 S. 2 ZVG). Bei der Anordnung der Zinszahlungspflicht kann das Gericht aber auch einen früheren Zeitpunkt wählen, weshalb der Insolvenzverwalter nicht ohne weiteres davon ausgehen kann, dass er die gesamten drei Monate von der Zinszahlungspflicht entbunden ist¹⁰⁶.

¹⁰² BGH NJW 1987, 946, 947.

¹⁰³ Hintzen, ZInsO 2000, S. 205, 206.

¹⁰⁴ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 85; daher unrichtig Hintzen, ZInsO 2000, S. 205.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 177.

¹⁰⁶ Niesert, InVo 1998, S. 141, 143; vgl. auch Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 41.

(b) Wertverlustausgleich nach § 30 e Abs. 2 ZVG

Ein weiterer Nachteilsausgleich ist in § 30 e Abs. 2 ZVG geregelt. Auf Antrag des betreibenden Gläubigers – und nicht bereits von Amts wegen wie in § 30 e Abs. 1 ZVG – ordnet das Gericht die Auflage an, dass der entstehende Wertverlust des Grundstückes von der Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens an, durch laufende Zahlungen aus der Insolvenzmasse an den Gläubiger auszugleichen sind, wenn das Grundstück vom Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse genutzt wird (§ 30 e Abs. 2 ZVG)¹⁰⁷. Obwohl der Gesetzeswortlaut nur den Wertverlust bei Nutzung des Grundstückes nennt, sind doch ebenso alle in den Haftungsverband der Immobiliarsicherheit fallenden Gegenstände gemeint¹⁰⁸, da andernfalls eine Schlechterstellung der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten aus dieser Ungenauigkeit resultieren würde.

Problematisch ist, was unter der Formulierung „entstehender Wertverlust“ in § 30 e Abs. 2 ZVG genau zu verstehen ist, d.h. ob allein der aus einer Nutzung des Grundstückes resultierende Wertverlust¹⁰⁹ oder aber bereits der wirtschaftliche Verlust, der auf der zeitlichen Verzögerung der Versteigerung beruht¹¹⁰, auszugleichen ist. In den Gesetzesmaterialien findet sich hierzu, dass der Ausgleich nur dann angeordnet werden soll, wenn der unbewegliche Gegenstand „für die Insolvenzmasse genutzt wird und dadurch einen Wertverlust erleidet“¹¹¹. Es ist zunächst erforderlich, dass das Grundstück überhaupt für die Insolvenzmasse genutzt wird und hierdurch einen Wertverlust erleidet¹¹². Die Vermietung oder Verpachtung des Grundstückes stellt für sich genommen noch keinen Wertverlust dar. Für einen Wertverlust bedarf es vielmehr einer Wertminderung durch Abnutzung des Gebäudes oder durch Exploration des Grundstückes. Eine mit der Nutzung verbundene, aber nur durch Zeitablauf hervorgerufene Alterung, die eine Wertminderung zur Folge hat, wird man noch als einen Wertverlust im Sinne des § 30 e Abs. 2 ZVG betrachten können¹¹³. Ein Wertverlust dagegen, der allein auf Änderungen des Grundstücksmarktes beruht, kann nicht mehr als von dem Wertausgleich gedeckt erachtet werden, da dieses Risiko nicht im Zusammenhang mit der Nutzung der Immobilie steht.

¹⁰⁷ Liebelt-Westphal in: *Huntemann/Brockdorff*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, S. 172.

¹⁰⁸ Smid, *Kreditsicherheiten in der Insolvenz*, § 16 Rn. 42; *Depré*, in: *Smid*, *InsO*, § 49 Rn. 65; *Jungmann*, *Grundpfandgläubiger*, S. 86.

¹⁰⁹ *Zeller/Stöber*, ZVG, § 30 e Anm. 3.1.

¹¹⁰ *Hintzen*, *RPfleger* 1999, S. 256, 269; *B. Schmidt*, *InVo* 1999, S. 73, 76; *Zeller/Stöber*, ZVG, § 30 e Rn. 3.1.

¹¹¹ Begr. zu § 188 Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 176 f.

¹¹² *Stöber*, ZVG, § 30 e Anm. 3.1; *Stöber*, *NZI* 1998, S. 105; *Jungmann*, *Grundpfandgläubiger*, S. 87.

¹¹³ *Jungmann*, *Grundpfandgläubiger*, S. 87 f.; *Smid*, *Kreditsicherheiten in der Insolvenz*, § 16 Rn. 44.

Zur Berechnung des Wertverlustes ist der Wert zum Zeitpunkt der Einstellung der Zwangsversteigerung mit dem Wert bei der Verwertung des Grundstückes zu vergleichen¹¹⁴. Die Berechnung der laufenden Zahlungen aus der Insolvenzmasse, durch die der Wertverlust kompensiert werden soll, dürfte sich schwierig gestalten, da außer dem Tag der Einstellung der Zwangsversteigerung weder der Zeitpunkt der Verwertung noch die Höhe des Wertverlustes genau feststehen, weshalb hier nur Prognosewerte herangezogen werden können¹¹⁵. Dem Gläubiger obliegt nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungslast für den Wertverlust. Unbillig erscheint aber, dass der Gläubiger auf Verlangen des Gerichts den Wertverlust glaubhaft machen muss, da auch ein Sachverständigengutachten Auskunft geben können muss¹¹⁶.

Hat der betreibende Gläubiger einen Antrag gestellt, wird der Wertausgleich, anders als bei der Zinszahlungspflicht, sofort mit Beginn der einstweiligen Einstellung angeordnet¹¹⁷. Bei einer späteren Antragstellung orientiert sich der zu zahlende Ausgleich aber an den Wertverhältnissen zum Zeitpunkt des Ergänzungsbeschlusses¹¹⁸, da sonst die Kosten für die Masse unkalkulierbar wären. Der Gläubiger der Immobiliarsicherheit könnte so bis zum letzten Moment abwarten, ob er von der einstweiligen Einstellung der Zwangsverwaltung profitiert oder nicht, was allerdings mit der Kompensation für Verzögerungsnachteile, die durch laufende Zahlungen erreicht werden soll, nichts mehr zu tun hat. Nachteile, die in der Zeit zwischen Einstellungs- und Ergänzungsbeschluss entstanden sind, werden daher mangels einer derartigen Rückwirkung auf den Einstellungsbeschluss nicht ersetzt¹¹⁹.

(c) „Schornsteinhypotheken“ und Festsetzung des Grundstückwertes

Beruht der zu erwartende Ausfall eines Gläubigers nicht auf der einstweiligen Einstellung, sondern auf der fehlenden Werthaltigkeit des geltend gemachten Anspruchs, findet weder ein Zins- noch ein Wertausgleich statt (§ 30 e Abs. 3 ZVG)¹²⁰. Dies ist der Fall, wenn der Wert des Grundstückes zu gering wäre und wegen der sonstigen Belastungen zur Befriedigung nicht ausgereicht hätte. Sicherungen dieser Art werden auch als „Schornsteinhypotheken“

¹¹⁴ Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, S. 2336, 2341; B. Schmidt, InVO 1999, S. 73, 76; Stöber, ZVG, § 30 e Anm. 3.1. teilweise anders Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 87.

¹¹⁵ Smid, Kreditsicherheiten in der Insolvenz, § 16 Rn. 44; Städler, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 239; Eickmann, ZfIR 1999, S. 81, 84; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 66; a.A. Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 87; Niesert, InVo, 1998, S. 141, 143 f.

¹¹⁶ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 87; anders Stöber, ZVG, § 30 e Anm. 3.1.

¹¹⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 177; Frings, Sparkasse 1996, S. 384, 385; Vallender, RPfeger 1997, S. 353, 355; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 46.

¹¹⁸ Hintzen, RPfeger 1999, S. 256, 260.

¹¹⁹ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 88.

¹²⁰ Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 67; Smid, Kreditsicherheiten in der Insolvenz, § 16 Rn. 45.

bezeichnet¹²¹. Erhält der Gläubiger voraussichtlich nur für einen Teil seiner Sicherung einen Erlös, ist auch nur für diesen Teil ein Ausgleich zu zahlen. Dies macht deutlich, dass eine Besserstellung des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers durch die einstweilige Einstellung gegenüber der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht gewollt ist¹²².

Die Festsetzung des Grundstückswertes ist für die praktische Anwendung des § 30 e ZVG unerlässlich. Probleme können auftreten, wenn Insolvenzverwalter und Gläubiger keine Einigung über die Höhe des Wertes erzielen. In diesem Fall scheint es angebracht, dass der Grundstückswert vom anordnenden Vollstreckungsgericht festgelegt wird¹²³, da dieses später ohnehin im Zwangsversteigerungsverfahren hierüber zu entscheiden hat (§ 74 a ZVG)¹²⁴. Der dort festgelegte Wert ist ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung für das gesamte weitere Verfahren ausschlaggebend. Die Wertfestsetzung hat insofern abschließenden Charakter. Eine gesetzliche Regelung fehlt aber für den Fall, dass sich der festgesetzte Grundstückswert im Nachhinein als zu hoch oder zu niedrig erweist. Es stellt sich daher zunächst auch die Frage, ob der Mindererlös von denjenigen dinglich gesicherten Gläubigern zurückzuerstatten ist, die Zahlungen nach § 30 e Abs. 1 und/oder 2 ZVG erhalten haben, und ob unbezahlte Gläubiger eine Zahlung nachfordern können, wenn der Versteigerungserlös höher ausfällt. Ansprüche der Gläubiger entstehen jedoch nach dem Wortlaut des § 30 e ZVG nur aufgrund einer Anordnung des Zwangsvollstreckungsgerichts. Hat nun das Gericht den Grundstückswert unanfechtbar festgesetzt, ist eine nachträgliche Anpassung ausgeschlossen. Folglich ruft ein nachträgliches Abweichen des Versteigerungserlöses vom festgesetzten Wert weder eine Rück- noch Nachzahlungspflicht hervor¹²⁵. Hat der Gläubiger allerdings zu geringe Zinsbeträge erhalten, hat eine Verrechnung des später zu zahlenden Verwertungserlöses mit den trotz Insolvenz weiterlaufenden Zinsen, auf die der Gläubiger keine Zahlung erzielt, zu erfolgen. Reicht der Verwertungsertrag mithin nicht aus, um Hauptforderung und Zinsen vollständig zu tilgen,

¹²¹ Hess, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 42; *FK/Jaffé*, InsO, § 233 Rn. 50; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.373; *Wittig*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rn. 1485; *Obermüller*, WM 1994, S. 1869, 1872; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2341.

¹²² *Zimmermann*, NZI 1998, S. 57, 58.

¹²³ *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.374; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2341; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 407.

¹²⁴ Hess, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 44.

¹²⁵ *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 42; *Obermüller/Hess*, InsO, Rn. 1371; Hess, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 44; *Liebelt-Westphal* in: *Huntemann/Brockdorff*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, S. 173.

fällt der Gläubiger mit einer entsprechend höheren Forderung aus und erhält hierauf noch seine Insolvenzquote¹²⁶.

Für die Verzinsung ist mithin nicht der Kapitalbetrag der gesicherten Forderung wirtschaftlich maßgebend, sondern der mutmaßliche Wert der Sicherheit, soweit der Gläubiger eine Befriedigung erwarten kann. Eine Befriedigung werden aber nur diejenigen Gläubiger erwarten können, deren Rechte mit einem voraussichtlichen Versteigerungserlös in Höhe des Verkehrswertes abzüglich Versteigerungskosten befriedigt werden. Das Zwangsvollstreckungsgericht muss daher keine Ausgleichspflicht gem. § 30 e Abs. 1 und/oder 2 ZVG anordnen, wenn der betroffene Gläubiger nicht mit einer Befriedigung rechnen kann.

(d) Aufhebung der Einstellungsanordnung

Ist der Beschluss, der die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung anordnet, unanfechtbar geworden¹²⁷, kann der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit auch noch nach § 30 f ZVG die Aufhebung der einstweiligen Einstellung beantragen. Da die Einstellung nicht automatisch außer Kraft tritt¹²⁸, wird ein solcher Antrag erforderlich. Ist keiner der Einstellungsgründe des § 30 d Abs. 1 S. 1 Nr. 1-4 ZVG mehr gegeben, wird dem Antrag stattgegeben¹²⁹. Des Weiteren ist die Aufhebung der einstweiligen Einstellung auf Antrag eines Gläubigers hin anzuordnen, wenn die Auflagen nach § 30 e ZVG nicht beachtet werden oder wenn der Insolvenzverwalter bzw. bei § 30 d Abs. 2 ZVG der Schuldner, der Aufhebung zustimmt. Darüber hinaus kann die Aufhebung beantragt werden, wenn das Insolvenzverfahren beendet ist (§ 30 f Abs. 1 S. 2 ZVG) oder der Eröffnungsantrag zurückgenommen oder abgewiesen wird (§ 30 f Abs. 2 S. 1 ZVG). Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Antrages auf Aufhebung bzw. gegen die Anordnung der Aufhebung der einstweiligen Einstellung ist die sofortige Beschwerde (§ 30 f Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 30 b Abs. 3 ZVG). Gegen die Beschwerdeentscheidung kann wiederum die Rechtsbeschwerde eingelegt werden, vorausgesetzt sie wurde vom Beschwerdegericht zugelassen (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

b) Zwangsverwaltung

Der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit kann die Verwertung des unbeweglichen Gegenstandes, an dem sein Absonderungsrecht besteht, auch im Wege der Zwangsverwaltung

¹²⁶ BGH ZIP 1999, 120 ff zur KO; *Liebelt-Westphal* in: *Huntemann/Brockdorff*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, S. 173; a.A. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 18.78.

¹²⁷ Zu den bereits dargestellten Rechtsschutzmöglichkeiten vgl. im 6. Kapitel B.I.1.a) (2) (d).

¹²⁸ *Stöber*, NZI 1999, S. 439 f.; *Stöber*, ZVG, § 30 f Anm. 2.2; aus diesem Grund ist auch im Fall der Aufhebung des Insolvenzverfahrens sowie bei Ablehnung des Antrags auf Eröffnung desselben ein Gläubigerantrag notwendig (vgl. § 30 f Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 ZVG).

¹²⁹ *Depré*, in: *Smid*, InsO, § 49 Rn. 68; *Stöber*, NZI 1999, S. 439, 440.

betreiben. Besonders bei der Sicherung von Objektbeträgen ist die Zwangsverwaltung als isolierte Art der Verwertung angebracht. Die Zwangsverwaltung kann auch parallel zu einem Zwangsversteigerungsverfahren betrieben werden. Diese Vorgehensweise bietet sich insbesondere bei Grundstücken an, bei denen es weniger auf die Erzielung laufender Erträge ankommt, und bei denen die Voraussetzung für höhere Gebote in der Zwangsversteigerung geschaffen werden sollen¹³⁰. Denn hierdurch können Wertminderungen und andere Beeinträchtigungen des Objekts sachgerecht vermieden werden.

(1) Verfahren

Die vom Gläubiger einer Immobiliarsicherheit beantragte Zwangsverwaltung richtet sich auch bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners nach den allgemeinen Regeln. Dem Zwangsverwalter wird das Grundstück nach § 150 Abs. 2 ZVG übergeben bzw. wird er dazu ermächtigt, sich selbst den Besitz zu verschaffen, wozu auch die von der Beschlagnahme erfassten Sachen gehören sowie die damit verbundenen Unterlagen wie Versicherungspolicen, Steuerakten, Verträge etc.¹³¹. Das Besitzrecht des Zwangsverwalters hat gegenüber dem des Insolvenzverwalters Vorrang¹³², weshalb dieser unter Umständen zur Herausgabe verpflichtet ist.

Bei der auf einen Gläubigerantrag hin betriebenen Zwangsverwaltung ist es aufgrund der bestehenden erheblichen Interessengegensätze nicht angebracht, dass Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter personenidentisch sind, wie dies etwa bei einer Zwangsverwaltung auf Betreiben des Insolvenzverwalters hin sachgerecht erscheint¹³³. In der Praxis ist darum auch die Bestellung eines Zwangsverwalters zum Insolvenzverwalter nicht nur dann außergewöhnlich, wenn die Zwangsverwaltung bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens betrieben wurde, sondern auch im zeitlich umgekehrten Fall. Bei einer vom Gläubiger betriebenen Zwangsverwaltung ist es mithin angezeigt, dass zwei verschiedene Personen diese Ämter ausüben¹³⁴.

In der Praxis kann hier alternativ auf die so genannte „fiktive“ bzw. „kalte“ Zwangsverwaltung zurückgegriffen werden¹³⁵. Eine Zwangsverwaltung wird in diesem Fall nur zwischen Insolvenzverwalter und dem Gläubiger einer Immobiliarsicherheit fingiert. Die beiden einigen

¹³⁰ Schleiffer, DLK 1988, S. 422, 424 f.

¹³¹ Eickmann, ZfIR 1999, S. 81 ff.

¹³² Mohrbutter, KTS 1956, S. 107, 108 f; Eickmann, ZIP 1986, S. 1517, 1521; Stöber, ZVG, § 150 Anm. 3.3.

¹³³ Hierzu noch ausführlich im 6. Kapitel B.I.2.b).

¹³⁴ LG Augsburg RPfleger 1997, 78; Mohrbutter, KTS 1956, S. 107, 109; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 84.

¹³⁵ OLG München ZIP 1993, S. 135; Knees, ZIP 2001, S. 1568, 1575; Keller, ZfIR 2002, S. 861, 867; Braun/Gerbers, InsO, § 165 Rn. 22; HK/Eickmann, InsO, § 49 Rn. 19.

sich darauf, dass die Zwangsverwaltung zwar nicht beantragt wird, der Insolvenzverwalter sich gegenüber dem Gläubiger der Immobiliarsicherheit aber verpflichtet, ihn so zu stellen, als sei das Zwangsverwaltungsverfahren eröffnet. Dafür, dass der Insolvenzverwalter wie ein Zwangsverwalter handelt, wird der gesicherte Gläubiger in der Regel einen gewissen finanziellen Beitrag in die Masse leisten¹³⁶. Hiervon profitieren sowohl die Insolvenzmasse, da die Gegenleistung durch den Gläubiger frei verhandelbar ist, als auch der Gläubiger der Immobiliarsicherheit. Denn zum einen ergeben sich bei nur einem Verwalter keine Probleme der Kompetenzabgrenzung, zum anderen werden Einnahmen leichter erzielt und Kosten der Zwangsverwaltung fallen nicht an¹³⁷.

Die Position des Insolvenzverwalters mag zwar durch den neu mit der InsO eingeführten § 153 b ZVG stärker sein¹³⁸, der Insolvenzverwalter hat aber nicht generell Vorrang. Stellt er keinen Antrag, entsteht durch die Zwangsverwaltung eine Sondermasse, die Teil der Insolvenzmasse ist¹³⁹. Sie dient jedoch der Befriedigung desjenigen Gläubigers, der die Zwangsverwaltung betreibt, so dass dem Insolvenzverwalter ein Zugriff auf die Sondermasse verwehrt ist. Zur vom Zwangsverwalter verwalteten Masse gehören daher auch Einnahmen, die innerhalb der Zwangsverwaltung erzielt werden, wie z.B. Miet- und Pachtzinsen¹⁴⁰.

(2) Einstweilige Einstellung der Zwangsverwaltung

(a) Einstellungsvoraussetzungen

Ebenso wie der Insolvenzverwalter bei der Zwangsversteigerung die Einstellung beim Zwangsvollstreckungsgericht beantragen kann, ist dies seit der Insolvenzrechtsreform auch bei Anordnung einer Zwangsverwaltung möglich¹⁴¹. Das Zwangsvollstreckungsgericht kann somit auf Antrag des Verwalters die vollständige oder teilweise Einstellung der Zwangsverwaltung anordnen, wenn der Insolvenzverwalter glaubhaft macht, dass durch die Fortsetzung der Zwangsverwaltung eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert wird (§ 153 b ZVG). Hierdurch kann der Insolvenzverwalter Gläubigern von Im-

¹³⁶ Schleiffer, DLK 1988, S. 422, 424.

¹³⁷ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 74.

¹³⁸ Zur Frage, wer die besseren Rechte hat, also Zwangsverwalter oder Insolvenzverwalter, vgl. ausführlich Eickmann, ZIP 1986, S. 1517, 1522 ff.; Eickmann, Immobilienvollstreckung und Insolvenz, Rn. 235 ff.; vgl. ferner BT-Drucks. 12/2443, S. 177.

¹³⁹ Eickmann, Immobilienvollstreckung und Insolvenz, Rn. 207.

¹⁴⁰ OLG Brandenburg ZIP 1999, 1533. – Bei der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung gelten Besonderheiten, vgl. hierzu im 6. Kapitel B.V.2).

¹⁴¹ Vallender, RPfeger 1997, S. 353, 355; vgl. Stöber, ZVG, § 30 a Anm. 1.2.

mobiliarsicherheiten begegnen, die ihn im Wege der Zwangsverwaltung durch Vermietung des Grundstückes an Dritte zur vorzeitigen Einstellung des Betriebes zwingen wollen¹⁴².

Jede Zwangsverwaltung, die parallel zur Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse betrieben wird, schränkt den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters ein. Aus diesem Grund ist § 153 b ZVG eng auszulegen. An die Umstände, die eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Insolvenzmasse erschweren, und die vom Insolvenzverwalter darzulegen und glaubhaft zu machen sind, sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Insbesondere dürfen sich die Angaben des Insolvenzverwalters nicht in der Wiederholung des Gesetzeswortlauts erschöpfen¹⁴³, sondern müssen konkrete Vergleichszahlen zwischen den wirtschaftlichen Ergebnissen einer Nutzung der Insolvenzmasse mit und im Vergleich hierzu ohne parallel betriebene Zwangsverwaltung umfassen. Der Insolvenzverwalter muss ein Gesamtverwertungskonzept vorlegen, dessen Realisierung durch die Fortführung der Zwangsverwaltung gefährdet ist¹⁴⁴. Gründe einer wesentlichen Erschwerung können daher nie die mit einer Zwangsverwaltung typischerweise verbundenen Folgen sein, wie zum Beispiel die dem Insolvenzverwalter als Schuldner durch die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme entzogene Verwaltung und Benutzung des Grundstückes und der in die Zwangsverwaltungsmasse fallenden Gegenstände (§ 146 Abs. 2 ZVG) oder das durch die Zwangsverwaltung entzogene Zugriffsrecht der Insolvenzmasse auf Miet- und Pachtzinsen¹⁴⁵. Könnte nämlich ein Einstellungsbeschluss nach § 153 b ZVG hierauf gestützt werden, käme dies einem faktischen Entzug des Befriedigungsrechts der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten nach § 49 InsO gleich¹⁴⁶.

Die Vorschrift des § 153 b ZVG spielt mithin im Falle der Unternehmensinsolvenz eine wesentliche Rolle. Der Insolvenzverwalter wird in der Regel nur bei einem uneingeschränkten Handlungsspielraum und einer unbegrenzten Nutzungsmöglichkeit des zur Unternehmensfortsetzung notwendigen Grundstückes, die Fortführung bzw. Reorganisation des Unternehmens in Angriff nehmen. Würde der Zwangsverwalter das Grundstück vermieten oder verpachten, führte dies zwangsläufig zur Betriebseinstellung¹⁴⁷. Ob eine Unternehmensreorganisation in Betracht kommt, entscheidet sich meist frühzeitig im Insolvenzverfahren, wenn nicht sogar schon während des Eröffnungsverfahrens¹⁴⁸, so dass der Insolvenzverwalter höchstwahrscheinlich

¹⁴² Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6. 375.

¹⁴³ Stöber, ZVG, § 153 b Anm. 4.1.

¹⁴⁴ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, § 153 b ZVG Rn. 5.

¹⁴⁵ Stöber, ZVG, § 153 b Anm. 2.3; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 72.

¹⁴⁶ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 75 f.

¹⁴⁷ Obermüller/Hess, InsO, Rn. 1372; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1483; Jungmann, NZI 1999, S. 352, 353; Niesert, InVo 1998, S. 141, 144.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu auch die Begründung zu Art. 1 Nr. 7 des Diskussionsentwurfs des BMJ zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze vom April 2003.

scheinlich die einstweilige Einstellung des Zwangsverwaltungsverfahrens nach § 153 b ZVG beantragen wird.

Ebenso wie die Einstellung der Zwangsversteigerung ist auch die Einstellung der Zwangsverwaltung mit der Auflage des Nachteilsausgleichs zu verbinden (§ 153 b Abs. 1 ZVG). Im Unterschied zur einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung werden aber die wirtschaftlichen Belange des Gläubigers nicht berücksichtigt, da sie durch die Zahlung des Nachteilsausgleichs hinreichend gewahrt werden¹⁴⁹, weshalb auch § 153 b ZVG – anders als bei der Einstellung der Zwangsversteigerung (§ 30 d Abs. 1 S. 2 ZVG) – keine Abwägung der Interessen von vollstreckendem Gläubiger und Insolvenzgläubigern verlangt¹⁵⁰.

Darüber hinaus eröffnet § 153 c ZVG dem die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubiger die Möglichkeit, die Aufhebung der einstweiligen Einstellung zu beantragen, wenn die Voraussetzungen für die Einstellung entfallen sind, wenn die Auflagen nach § 153 b Abs. 2 ZVG nicht beachtet werden oder wenn der Insolvenzverwalter der Aufhebung zustimmt. Die in § 190 Abs. 3 S. 2 des Regierungsentwurfs vorgesehene Möglichkeit des Gläubigers gegen den Einstellungsbeschluss auch mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde vorgehen zu können, wurde nicht aufgenommen, da die in §§ 153 b, 153 c ZVG enthaltenen Wege als ausreichend erachtet wurden und die Gerichte nicht zu sehr belastet werden sollten¹⁵¹.

(b) Einstellung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Im Gegensatz zur Einstellung der Zwangsversteigerung (§ 30 d Abs. 4 ZVG) existiert keine gesetzliche Regelung zur Einstellung der Zwangsverwaltung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter. Auf den ersten Blick stellt sich daher auch nicht die Frage, ob eine Einstellung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter gleichwohl möglich ist. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes wird deshalb größtenteils davon ausgegangen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter hierzu nicht befugt ist¹⁵² bzw. wird diese Möglichkeit gar nicht erst in Erwägung gezogen¹⁵³. Teilweise wird aber auch die Ansicht vertreten, dass es sich bei der gesetzli-

¹⁴⁹ BT-Drucks. 12/2443, S. 177.

¹⁵⁰ Stöber, ZVG, § 153 b Anm. 2.3

¹⁵¹ BT-Drucks. 12/7303, S. 109.

¹⁵² Stengel, ZfIR 2001, S. 347, 352 ff; LG Cottbus ZInsO 2000, 337; Stöber, ZVG, § 153 b Anm. 3.1.; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, § 153 b ZVG Rn. 4; FK/Schmerbach, InsO, § 21 Rn. 80 a; FK/Wegener, InsO, § 80 Rn. 19; Depré, in: Smid, InsO, § 49 Rn. 71; Blersch, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 21 Rn. 33; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6426 b; Uhlenbruck, GmbHR 1995, S. 195, 199; Vallender, EWiR 1998, S. 649, 650; Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, S. 2336, 2338 f.; Knees, ZIP 2001, S. 1568, 1571.

¹⁵³ Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 56; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1483; Gaiser, DZWIR 1999, S. 446, 449; Obermüller/Hess, InsO, Rn. 1372 ff.; Vallender, RPflegler 1997, 353, 355; Zimmermann, NZI 1998, S. 57, 58; Hintzen, RPflegler 1999, S. 256, 262 f.

chen Nichtregelung um ein Redaktionsversehen des Rechtsausschusses handelt und der vorläufige Insolvenzverwalter deshalb zur Einstellung der Zwangsverwaltung berechtigt sein soll, wofür auf die Generalverweisung in § 146 Abs. 1 ZVG abgestellt wird, über die § 30 d Abs. 4 ZVG entsprechend zur Anwendung kommen soll¹⁵⁴.

Dem Wortlaut nach scheint die Rechtslage eindeutig. Auch aus Gründen der Gesetzessystematik könnte ein Rückgriff auf die Generalverweisung in § 146 Abs. 1 ZVG wegen dem erst später hinzugekommenen § 153 c ZVG versperrt sein, da der Gesetzgeber eine Neuregelung schaffen wollte und es daher bewusst unterlassen haben könnte, dem vorläufigen Insolvenzverwalter das Recht der Einstellung der Zwangsverwaltung zu geben. Eine planwidrige Regelungslücke, die es zu schließen gilt, wäre dann nicht vorhanden. Zudem hat der Gesetzgeber Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung sehr wohl unterschiedlich gesetzlich geregelt, was in der Regelung des Nachteilsausgleichs zum Ausdruck kommt. Denn bei der Einstellung der Zwangsverwaltung beginnt die Pflicht zum Nachteilsausgleich bereits mit Einstellung der Zwangsverwaltung (§ 153 b Abs. 2 ZVG) und nicht erst ab dem Berichtstermin bzw. drei Monate nach der ersten einstweiligen Einstellung wie bei der Einstellung der Zwangsversteigerung (§ 30 e Abs. 1 S. 1 ZVG)¹⁵⁵.

Der Wille des Gesetzgebers ging aber dahin, nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners bis zu dem Zeitpunkt zu vermeiden, zu dem sich entschied, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder nicht, wofür er umfangreiche Einstellungsmöglichkeiten schaffen wollte¹⁵⁶. Weiteres gesetzgeberisches Ziel war, die Möglichkeiten der Unternehmensfortführung zu stärken, was besonders in § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO zum Ausdruck kommt, da dort die Fortführung als Regelfall erachtet wird¹⁵⁷. Darüber hinaus wurde durch die Verlagerung der Zuständigkeit, die ursprünglich beim Insolvenzgericht liegen sollte, zum Vollstreckungsgericht hin eine Anpassung des Gesetzestextes im ZVG erforderlich. So sah der Regierungsentwurf in § 25 Abs. 2 Nr. 3 (jetzt § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) zunächst vor, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen während des Eröffnungsverfahrens vollständig zu untersagen, was sowohl für bewegliche als auch für unbewegliche Gegenstände und für alle Zwangsvollstre-

¹⁵⁴ Jungmann, NZI 1999, S. 352 ff.; ders., Grundpfandgläubiger, S. 80 f.; Gerhardt, Grundpfandrechte, Rn. 254 a; ders., Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 193 ff.; ders., Insolvenzrecht 1998, S. 217, 223; auch Wienberg, InsO, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 21 Rn. 41; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 21 Rn. 94; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 3/285; Klein, ZInsO 2002, S. 1065 ff.

¹⁵⁵ Frings, Sparkasse 1996, S. 384, 385; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1486; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.377; Obermüller/Hess, Inso, Rn. 1374.

¹⁵⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 116; Beckers, WM 1990, S. 1177, 1180; Lohkemper, ZIP 1995, S. 1641, 1649; vgl. hierzu auch erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zu Leitsatz 2.4.5.3., S. 262 f.

¹⁵⁷ Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 22 Rn. 71 ff.; Lohkemper, ZIP 1995, S. 1641, 1649. Allerdings kann dies nur der Fall sein, wenn eine Betriebsfortführung auch tatsächlich möglich ist. Pauschal kann eine Unternehmensfortführung daher nicht angeordnet werden. MünchKomm/Haarmeyer, InsO, § 22 Rn. 88 ff.

ckungsarten galt¹⁵⁸, so dass eine gesetzliche Anpassung für unbewegliches Vermögen und damit eine gesonderte Regelung der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters im ZVG notwendig wurde¹⁵⁹. Da nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber durch die Zuständigkeitsverlagerung eine inhaltliche Veränderung herbeiführen wollte, ist davon auszugehen, dass es der Gesetzgeber übersehen hat, eine Regelung bezüglich der Zwangsverwaltung im ZVG aufzunehmen.

Hierfür spricht auch Sinn und Zweck der Neuregelung. Denn eine Besserstellung der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten durch eine unbeschränkte Zugriffsmöglichkeit im Zwangsverwaltungsverfahren sollte eher vermieden als herbeigeführt werden, was aber bei Nichtzulassung der Einstellung der Zwangsverwaltung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter gerade der Fall wäre. Da der Gesetzgeber durch die Regelung im ZVG aber nur die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts bewirken wollte, kann daraus geschlussfolgert werden, dass er das vorliegende Problem gar nicht erkannt hat. Eine planwidrige Regelungslücke ist mithin gegeben, so dass eine Analogie gezogen werden kann¹⁶⁰.

Des Weiteren zeigen die Vergleichsordnung der alten Bundesländer und die Gesamtvollstreckungsordnung der neuen Bundesländer und Ostberlins, die vor Inkrafttreten der InsO galten, dass eine Einstellung der Zwangsverwaltung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter möglich ist. Denn im Vergleich zur Regelung in der InsO bzw. im ZVG enthielten sowohl die Gesamtvollstreckungsordnung als auch die Vergleichsordnung Möglichkeiten der Einstellung der Zwangsverwaltung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 2 Abs. 4 GesO bei der durch Grundpfandgläubiger betriebenen Zwangsverwaltung¹⁶¹ bzw. § 13 Abs. 1 VerglO bei der Zwangsverwaltung des unbeweglichen Vermögens)¹⁶².

Gerade dieser Vergleich macht deutlich, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Handhabung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung hinsichtlich der einstweiligen Einstellung im Eröffnungsverfahren nicht im Auge hatte. Es ist daher von einem Redaktionsversehen des Rechtsausschusses auszugehen, weshalb der Gesetzeswortlaut nicht überbewertet werden darf. Eine Korrektur dieses Versehens kann über § 146 Abs. 1 ZVG bewerkstelligt werden, wonach § 30 d Abs. 4 ZVG entsprechend zur Anwendung kommt. Allein dieses Verständnis

¹⁵⁸ Beckers, WM 1990, S. 1177, 1180; so auch schon Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zu Leitsatz 1.2.3., S. 140.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 12/7302, S. 157; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 78.

¹⁶⁰ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 79; a.A. Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6426 b.

¹⁶¹ LG Leipzig ZIP 1986, 881, LG Magdeburg RPfeger 1996, 210; LG Düsseldorf ZIP 1998, 1727; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 2 Rn. 120; Keller, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, Rn. 443; a.A. Smid, GesO, § 2 Rn. 202 f.

¹⁶² Bley/Mohrbutter, VglO, § 13 Nr. 7; Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, § 13 VglO Anm. 2.

wird den von der Insolvenzrechtsreform verfolgten Zielen gerecht. Es wird verhindert, dass ein Unternehmen zu Ungunsten der Masse vorzeitig zerschlagen wird und dass Gläubiger von Immobiliarsicherheiten sachlich nicht gerechtfertigt bevorzugt werden¹⁶³.

(3) Nachteilsausgleich für die Gläubiger

Auch bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsverwaltung sind die Nachteile, die dem betreibenden Gläubiger aus der Einstellung der Zwangsverwaltung erwachsen, durch laufende Zahlungen aus der Masse auszugleichen (§ 153 b Abs. 2 ZVG). Die Höhe der Ausgleichszahlungen richtet sich nach den laufenden Zahlungen aus den Überschüssen (§§ 155 Abs. 2, 157, 158 ZVG), die durch die Grundstücksnutzung, wie Vermietung oder Verpachtung, bei Fortführung der Zwangsverwaltung an den Gläubiger erzielbar wären¹⁶⁴. Die Ausgleichszahlung sind vom Gericht zu ermitteln und in der mit der Einstellung zu verbindenden Auflage festzulegen¹⁶⁵. Anders als in der Zwangsversteigerung beginnt die Zinszahlungspflicht sofort mit der Einstellung der Zwangsverwaltung und nicht erst nach dem Berichtstermin bzw. drei Monate danach (§ 153 b Abs. 2 ZVG). Für Gläubiger, die mit Einstellungsanträgen rechnen müssen, ist es daher ratsam, parallel zur Zwangsversteigerung die Zwangsverwaltung zu betreiben¹⁶⁶. In manchen Fällen kann die Einstellung der Zwangsverwaltung wegen des zu zahlenden Nachteilsausgleichs aber wirtschaftlich sinnlos sein, so z.B. wenn sich die durch die Einstellung eingesparten Kosten mit denen der Ausgleichszahlungen decken¹⁶⁷. Für den Insolvenzverwalter kann es jedoch bereits von Vorteil sein, dass er ohne Abstimmung mit einem Zwangsverwalter schneller entscheiden kann¹⁶⁸.

c) Keine freihändige Verwertung durch Gläubiger einer Immobiliarsicherheit

Nach Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter können die Gläubiger einer Immobiliarsicherheit keine freihändige Verwertung des Grundstückes mehr vornehmen¹⁶⁹. Da hiernach nur der Insolvenzverwalter zur freihändigen Veräußerung

¹⁶³ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 81; ders., NZI 1999, S. 352 ff.; Gerhardt, Grundpfandrechte, Rn. 254 a; ders., Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 193 ff.; ders., Insolvenzrecht 1998, S. 217, 223; auch Wienberg, InsO, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 21 Rn. 41; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 21 Rn. 94; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 3/285; Klein, ZInsO 2002, S. 1065 ff.

¹⁶⁴ Stöber, ZVG, § 153 b Anm. 5.1; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 60.

¹⁶⁵ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6. 376.

¹⁶⁶ Frings, Sparkasse 1996, S. 384, 385; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1486; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6. 377; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 90; Münch-Komm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 242; Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 165 Rn. 59.

¹⁶⁷ Eickmann, Immobiliervollstreckung und Insolvenz, Rn. 256. Bei derart gelagerten Fällen ist daher zweifelhaft, ob die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsverwaltung gerechtfertigt war.

¹⁶⁸ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 91.

¹⁶⁹ Im vereinfachten Insolvenzverfahren (§§ 313 ff. InsO) sind die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten dagegen nach § 313 Abs. 3 InsO dazu berechtigt, das Grundvermögen freihändig zu veräußern, da der Treuhän-

berechtigt ist, bleibt den Gläubigern nur die Möglichkeit, mit diesem zu kooperieren bzw. mittels eines Beschlusses oder einer Gläubigerversammlung, die gesondert einberufen wird, auf ihn einzuwirken¹⁷⁰.

2. Verwertung durch den Insolvenzverwalter

Dem Insolvenzverwalter stehen bei der Erfüllung seines Auftrages aus §§ 148, 159 InsO, das zur Insolvenzmasse gehörende Grundstück zu verwerten, eine Reihe von Möglichkeiten zur Verfügung. Für welche er sich entscheidet, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen¹⁷¹, orientieren muss er sich hierbei aber an den Zielen des Insolvenzverfahrens nach § 1 InsO¹⁷².

a) Zwangsversteigerung

Als erste Alternative kann der Insolvenzverwalter die Zwangsversteigerung zur Verwertung der Immobilie nach § 165 InsO betreiben. In diesem Fall kommen die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Zwangsversteigerungsgesetzes (§§ 172 ff. ZVG) zur Anwendung. Fraglich ist hierbei, ob die Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter eine Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, eine ihr nur angenäherte Form oder gar keine Zwangsvollstreckung ist¹⁷³. Vertiefend soll sich hiermit aber nicht beschäftigt werden, nur soviel soll festgehalten werden: Auf der einen Seite stellt die Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter einen zwangsweisen Zugriff dar, der in der verfahrensrechtlichen Form einer Zwangsvollstreckung abläuft¹⁷⁴, und mit einem Erwerb kraft Hoheitsakt endet. Auf der anderen Seite betreibt der Insolvenzverwalter die Verwertung aufgrund seiner verfahrensmäßigen Stellung (§ 159 InsO) und nicht aufgrund eines Anspruchs gegen den Schuldner wie etwa die Gläubiger.

Für die Insolvenzmasse kann die Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter durchaus vorteilhaft sein, denn dadurch, dass der Ersteher keine Gewährleistungsrechte hat (§ 56 S. 3 ZVG)¹⁷⁵ und Vorkaufsrechte nicht ausgeübt werden können (§§ 512, 1098 Abs. 1

der nicht zur Verwertung von mit einem Absonderungsrecht belasteten Gegenstand befugt ist, sondern dies insgesamt den Inhabern dieser Rechte vorbehalten ist. *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 81; LG Hamburg NZI 1999, 504; a.A. *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Rn. 1504.

¹⁷⁰ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 81.

¹⁷¹ *Worm*, KTS 1961, S. 119; *Weis/Ristelhuber*, ZinsO 2002, 859 f.; *Stöber*, ZVG, § 172 Anm. 3.1 a); *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 88.

¹⁷² Nach der hier vertretenen Ansicht gehört dazu auch die Vollarbeitung einer Gesellschaft, vgl. im 6. Kapitel B.I.2.c)(4).

¹⁷³ Übersicht zum Streitstand bei *Muth*, ZIP 1999, S. 945, 946; *Stöber*, ZVG, § 172 Anm. 1.3 c) m.w.N.

¹⁷⁴ *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 210; *Smid*, Kreditsicherheiten in der Insolvenz des Sicherungsgebers, § 16 Rn. 2.

¹⁷⁵ *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 214; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 9; *Schiffhauer*, in: *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, § 172 Rn. 1.

S. 1 BGB)¹⁷⁶, kann die Verwertung beschleunigt werden. Darüber hinaus ist es möglich, dass auch der Insolvenzverwalter ein Interesse daran hat, eine Verwertung durch eine Zwangsversteigerung durchzuführen, da er dort vor einer Inanspruchnahme nach § 80 InsO wegen einer Veräußerung des Grundstückes unter Wert geschützt ist¹⁷⁷.

(1) Insolvenzverwalterversteigerung nach § 174 ZVG

Die Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter nach § 174 ZVG spielt in der Praxis eine eher unbedeutende Rolle¹⁷⁸. Denn bei der vom Deckungsgrundsatz beherrschten Zwangsversteigerung werden in das geringste Gebot sämtliche an dem Grundstück bestehen bleibenden Rechte (§ 52 ZVG), wozu insbesondere alle Immobiliarsicherheiten gehören (§ 10 Nr. 4 ZVG), die Kosten und Ansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Nr. 7 ZVG aufgenommen¹⁷⁹. Nach § 174 ZVG kann jeder Gläubiger, der neben der persönlichen Forderung auch ein vom Insolvenzverwalter anerkanntes Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück hat¹⁸⁰, verlangen, dass bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die seinem Anspruch nach § 10 ZVG vorgehenden Rechte berücksichtigt werden. Für Insolvenzgläubiger bietet sich diese Vorgehensweise an, wenn auf das geringste Gebot, das sich allein nach §§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG bestimmt, keine Gebote zu erwarten sind¹⁸¹. In dieser Situation ist für den Gläubiger nicht absehbar, inwieweit er mit seiner persönlichen Forderung einen Ausfall erleiden wird, weshalb er bei der Verteilung mit seiner Forderung unberücksichtigt bleibt (§ 190 InsO). Der Gläubiger wird, um dies zu verhindern, einen Antrag nach § 174 ZVG stellen, so dass ein so genanntes Doppelausgebot zugunsten des Gläubigers ausgeführt wird¹⁸². Bei diesem wird der Zuschlag auf das Gebot im Verfahren nach § 174 ZVG erteilt, wenn auf beide Gebote, d.h. sowohl auf das nach § 172 ZVG als auch auf das nach § 174 ZVG, geboten worden ist, da dann erst die Höhe des Ausfalls für das Insolvenzverfahren feststellbar ist¹⁸³.

(2) Stellung des Insolvenzverwalters nach § 174 a ZVG

Von größerer Bedeutung ist hingegen der mit Einführung der §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, 174 a ZVG geschaffene Ersatzanspruch für Feststellungskosten. Hierdurch ist die Stellung des In-

¹⁷⁶ Ausführlich hierzu Stöber, NJW 1988, S. 3121 ff. (dort auch zu anderen Vorkaufsrechten, die ebenfalls bei einer Zwangsversteigerung nach § 172 ZVG ausgeschlossen sind).

¹⁷⁷ Stöber, ZVG, § 172 Anm. 3.1 d); FK/Schmerbach, InsO, § 165 Rn. 2.

¹⁷⁸ Vallender, RPflegler 1997, S. 353, 354; Muth, ZIP 1999, S. 945, 946; vgl. Wolff, ZIP S. 1980, 417.

¹⁷⁹ Stöber, ZVG, § 174 Anm. 2.2; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 51.

¹⁸⁰ Ein Titel gegen den Schuldner, der dann gegen den Insolvenzverwalter umzuschreiben wäre, ist nicht erforderlich, was weitere Kosten spart. Worm, KTS 1961, S. 119, 122.

¹⁸¹ Muth, ZIP 1999, S. 945, 946; Stöber, ZVG, § 174 Anm. 3.1 f.; MünchKomm/Lwowski, InsO § 165 Rn. 150.

¹⁸² Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 14 f.

¹⁸³ Schiffhauer, in: Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, § 174 Rn. 8; ausführlich Steiner/Eickmann, ZVG, § 174 Rn. 23.

solvenzverwalters im Zwangsversteigerungsverfahren wesentlich gestärkt worden¹⁸⁴. Der Insolvenzverwalter kann danach bis zum Schluss der Verhandlung im Versteigerungstermin verlangen, dass bei der Feststellung des geringsten Gebotes nur die dem Feststellungskostenersatzanspruch (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG) vorgehenden Rechte berücksichtigt werden (§ 174 a ZVG). Hierunter fallen auch die Ansprüche aus Rechten an dem Grundstück (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG)¹⁸⁵. Zu einem Doppelausgebot kommt es bei § 174 a ZVG, wenn der Insolvenzverwalter die Zwangsversteigerung selbst betreibt, wozu er nach §§ 148, 159 InsO befugt ist, so dass dieses zu seinen Gunsten erfolgt¹⁸⁶. Er betreibt die Zwangsvollstreckung aber nicht wegen des Anspruchs auf Ersatz der Feststellungskosten aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG¹⁸⁷.

(a) Verhältnis der §§ 172, 174 ZVG zu § 174 a ZVG

Ein Zuschlag auf das Gebot nach § 174 a ZVG ermöglicht den Erwerb des Grundstückes frei von Immobiliarsicherheiten. In der Praxis wird aus diesem Grund auch fast ausschließlich nur auf dieses Ausgebot geboten. Treffen Gebote auf die §§ 172, 174, 174 a ZVG zusammen, so hat das Gebot auf § 174 a ZVG nicht automatisch Vorrang, wie vielleicht angenommen werden könnte¹⁸⁸. Der Gesetzgeber beabsichtigte nämlich mit den Vorschriften §§ 170, 171 InsO, §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, 174 a ZVG lediglich eine Kostenbeteiligung der gesicherten Gläubiger. Denn durch die Feststellung und Bearbeitung der Sicherungsrechte, die allein im Interesse der gesicherten Gläubiger liegen, steigen das Honorar des Insolvenzverwalters und damit die Kosten für die Masse¹⁸⁹. Bezüglich dieses Erstattungsanspruchs sollte die Masse auch bei der Zwangsversteigerung keinen Ausfall erleiden. Darüber hinaus sollte auch die Versteigerung hoch belasteter Grundstücke ermöglicht werden¹⁹⁰. Den Insolvenzverwalter in solchen Situationen noch weitergehend zum Nachteil der gesicherten Gläubiger zu bevorzugen, ist aber

¹⁸⁴ Kritisch hierzu *Marotzke*, ZZP 109 (1996), S. 429, 46; *Beckers*, WM 1990, S. 1177, 1181; *Stöber*, NJW 2000, S. 3600, 3602 f. – Die Kommission für Insolvenzrecht hielt eine solche Stärkung der Stellung des Insolvenzverwalters nicht für erforderlich. Sie schlug lediglich die Erhöhung des Bargebots um den Verfahrensbeitrag vor (Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zu Leitsatz 3.5.1., S. 355. Der Rechtsausschuss hat diese Regelung aus dem Regierungsentwurf unverändert übernommen.

¹⁸⁵ Nicht versteigerungsfest ist daher auch die Auflassungsvormerkung, obwohl sie nach § 106 InsO insolvenzfest ist, was auch für Erbauzins-Reallasten usw. gilt. Eingehend und kritisch hierzu *Stöber*, NJW 2000, S. 3600, 3602 f.

¹⁸⁶ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 53.

¹⁸⁷ *Stöber*, ZVG, § 10 Anm. 3.7.; a.A. offenbar *Wieser*, KKZ 2000, S. 169, 179; *Smid*, NotBZ 1998, S. 81, 83; *Beckers*, WM 1990, S. 1177, 1179.

¹⁸⁸ So aber *Stöber*, ZVG, § 174 a Anm. 2.5.; *Kübler/Pritting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 20; *Hess* in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 23.

¹⁸⁹ Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 180 f.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 12/3803, S. 68 f.; kritisch *Stöber*, NJW 2000, S. 3602 f.

angesichts dessen, dass § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG gerade kein Recht zum Betreiben der Zwangsversteigerung gewährt, nicht angebracht¹⁹¹.

In einem so weit fortgeschrittenen Zwangsversteigerungsverfahren wird das Grundstück stets verwertet. Da zudem die geringsten Gebote nach §§ 172, 174 ZVG jeweils zwingend auch die Feststellungskosten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG wegen des enthaltenen Bargebots (§ 49 ZVG) umfassen, ist ein Ausfall der Masse mit dem Feststellungsanspruch nicht zu befürchten. Der Zuschlag ist demzufolge nur dann auf das Gebot nach § 174 a ZVG zu erteilen, wenn es das Gebot nach § 172 oder § 174 ZVG übersteigt¹⁹². Denn andernfalls würde die Vorschrift des § 174 a ZVG in ihrer Anwendung die gesicherten Gläubiger schädigen, was vom Gesetzgeber wohl weder bedacht noch beabsichtigt war.

(b) Gefährdung der gesicherten Gläubiger durch § 174 a ZVG

Bei einem Zuschlag auf das geringste Gebot nach § 174 a ZVG kommt es zu einem Erwerb des Grundstückes frei von nachrangigen Belastungen, insbesondere frei von Immobiliarsicherheiten¹⁹³. Der Veräußerungserlös steigt hierdurch, so dass die Insolvenzmasse zum Nachteil der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten begünstigt wird. Darüber hinaus sind auch hoch belastete Immobilien leichter zu veräußern¹⁹⁴. Dies ist für alle Gläubiger, ob nun gesichert oder ungesichert, von Vorteil, da die Befriedigung der Gläubiger ausgeglichener verläuft. Den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechend¹⁹⁵ ist die Zwangsversteigerung daher aufgrund § 174 a ZVG für den Insolvenzverwalter attraktiver geworden¹⁹⁶.

Trotz der grundsätzlich positiv zu bewertenden Einführung eines Kostenbeitrages und dessen verfahrensmäßiger Absicherung, ist hier aber einzuwenden, dass das Erreichen dieses Resultats zum größten Teil vom Zufall abhängt¹⁹⁷. Denn nur wenn ersatzfähige Feststellungskosten anfallen, d.h. sich der Haftungsverband des Grundstückes auch auf bewegliche Gegenstände

¹⁹¹ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 53 f.; ungenau BT-Drucks. 12/3803, S. 69: "Der Verwalter kann auch selbst die Versteigerung des Grundstückes mit dem Rang dieses Rechtes [scil. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG] betreiben;[...]".

¹⁹² Muth, ZIP 1999, S. 945, 951 f.; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 163 und 166; wohl auch Weis/Ristelhuber, ZInsO 2002, S. 859, 863

¹⁹³ MünchKommInsO/Lwowski, § 165 Rn. 159.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 12/3803, S. 69; Beckers, WM 1990, S. 1177, 1181.

¹⁹⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 88; vgl. ebenso Muth, ZIP 1999, S. 945, 946.

¹⁹⁶ Helwich, DGVZ 1998, S. 50, 54; sehr kritisch Keller, ZfIR 2002, S. 861, 869 (Fn. 51).

¹⁹⁷ Marotzke, ZJP 109 (1996), S. 429, 461; so auch MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 180; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 97.

erstreckt, was in der Regel der Fall sein wird¹⁹⁸, verschiebt sich die Position des Insolvenzverwalters von § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG auf § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG¹⁹⁹.

Die sich aus dem Kostenerstattungsanspruch ergebende Rangklasse des Insolvenzverwalters birgt indes eine Gefahr für die Gläubiger. Denn selbst wenn sie diese Gefahr erkennen und dadurch noch abwenden können, geschieht dies nicht ohne Risiko, was der Gesetzgeber nicht nur bemerkt, sondern sogar beabsichtigt hat²⁰⁰. Durch die Leistung des Kostenbeitrages in die Insolvenzmasse können die Gläubiger das Recht aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG beseitigen. In diesem Fall gehen die Ansprüche mit der Befriedigung des Verwalters auf die jeweiligen Gläubiger über (analog § 268 BGB). Dies ist aber nur dann im Sinne der gesicherten Gläubiger, wenn eine Zwangsversteigerung auch tatsächlich stattfindet. Wird nämlich kein hinreichend hohes Gebot abgegeben, erfolgt keine Zwangsversteigerung. Da dies der Insolvenzverwalter vorausgesehen haben wird, hat er von seinem Antragsrecht nach § 174 a ZVG Gebrauch gemacht. Die übergegangenen Ansprüche in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG sind aber ohne Zwangsversteigerungsverfahren wertlos²⁰¹. Ferner erlöschen diese Ansprüche bei einer freihändigen Veräußerung des Grundstückes, da in diesem Fall der Schuldner nicht mehr Eigentümer des von der Zwangsvollstreckung betroffenen Grundstückes ist²⁰² oder mit der Beendigung des Insolvenzverfahrens²⁰³. Aus diesem Grunde ist es fraglich, ob die gesicherten Gläubiger auch hinreichend geschützt sind, wovon der Gesetzgeber wohl ausging.

b) Zwangsverwaltung

Als weiteres Zwangsverfahren kann der Insolvenzverwalter zur Verwertung des Grundstückes die Zwangsverwaltung betreiben (§§ 165 InsO i.V.m. §§ 172 ff. ZVG). Findet die Zwangsverwaltung innerhalb eines Insolvenzverfahrens statt, kommt es zur Entstehung einer Sondermasse der Zwangsverwaltung²⁰⁴. Der Insolvenzverwalter hat daran weder ein Verwaltungs- noch ein Verfügungsrecht und erlangt daran auch keinen Besitz²⁰⁵.

¹⁹⁸ Im Fall der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) entsteht aber nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG a.E. niemals ein Kostenerstattungsanspruch.

¹⁹⁹ Uhlenbruck, InsO, § 165 Rn. 15.

²⁰⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 88 u. S. 90; BT-Drucks. 12/3803, S. 69 f. – Nach Keller, ZfIR 2002, S. 861, 869, werden die Schuldner einer Immobiliarsicherheit so in „Zugzwang“ gebracht.

²⁰¹ Stöber, NJW 2000, S. 3600, 3604.

²⁰² BT-Drucks. 12/3803, S. 69.

²⁰³ Daher kritisch Marotzke, ZZP 109 (1996), S. 429, 461 f.; Vallender, RPflegler 1997, S. 353, 354.

²⁰⁴ Eickmann, ZIP 1986, S. 1517, 1519; Gerhardt, Grundpfandrechte, Rn. 258; Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung, Rn. VIII. 82; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 55.

²⁰⁵ Eickmann, ZIP 1986, 1517, 1521; MünchKomm/Ganter, InsO, § 49 Rn. 88.

In der Praxis macht der Insolvenzverwalter von dieser Möglichkeit aber noch seltener Gebrauch als von der Zwangsversteigerung²⁰⁶. Der Grund hierfür liegt in der indirekten Verringerung der Insolvenzmasse bei der Zwangsverwaltung durch Zahlungen von Miet- und Pachtzinsen aus der Zwangsverwaltungsmasse. Diese wiederkehrenden Leistungen würden im Insolvenzverfahren als nachrangige Forderungen (§ 39 Abs. 1 Nr.1 InsO) fast nie berücksichtigt werden, da sie nur zum Zuge kämen, wenn nicht nur alle Insolvenzgläubiger voll befriedigt würden, sondern auch noch ein Überschuss bestünde. Es fehlt mithin an einem Pendant im Insolvenzverfahren, das der Verringerung der Masse durch den Insolvenzverwalter in der Zwangsverwaltung entsprechen würde²⁰⁷.

Angezeigt kann eine Zwangsverwaltung ausnahmsweise im Fall eines zur Insolvenzmasse gehörigen Betriebsgrundstückes sein, da dessen gesonderte Verwaltung erforderlich sein kann²⁰⁸. In diesen Fällen sollte der Insolvenzverwalter aber auch zum Zwangsverwalter bestellt werden, um Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage, wessen Rechte Vorrang haben, zwischen den beiden Verwaltern, und damit Verzögerungen und Masseminderungen zu verhindern²⁰⁹. Der vom Gesetzgeber eingefügte § 153 b ZVG, der die höchst strittige Frage der Vorrangposition des Insolvenzverwalters lösen sollte²¹⁰, gibt hierauf aber auch keine eindeutige Antwort, da die einstweilige Einstellung der Zwangsverwaltung nur dann vom Insolvenzverwalter beantragt wird, wenn die Zwangsverwaltung vom Gläubiger betrieben wird und nicht vom Insolvenzverwalter selbst initiiert wurde. Denn in letzterem Fall kann der Insolvenzverwalter bereits über §§ 161 IV, 39 ZVG seinen Antrag auf Zwangsvollstreckung zurücknehmen, wodurch die Zwangsverwaltung insgesamt aufzuheben ist²¹¹.

²⁰⁶ *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336; *Schiffhauer*, in: *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, § 172 RN. 25 („völlig bedeutungslos“); vgl. auch *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 258.

²⁰⁷ Vgl. *Eickmann*, ZIP 1986, S. 1517. – In der Praxis unterscheiden sich Forderungen nach § 39 Abs. 1 InsO nicht von nach altem Recht (§ 63 Nr. 1 KO) ausgeschlossenen Forderungen, weil sie keinen wirtschaftlichen Wert haben (vgl. auch Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Band I, B 62). Das zeigt schon § 174 Abs. 3 InsO, wonach bereits die Anmeldung nachrangiger Insolvenzforderungen nur nach besondere Aufforderung durch das Insolvenzgericht möglich ist.

²⁰⁸ *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, Rn. VIII. 82, als Beispiel wird ein Apothekengrundstück in der Insolvenzmasse angeführt; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 258, gibt einen nicht im Gerichtsbezirk liegenden Nebenbetrieb an.

²⁰⁹ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 56; wohl auch *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, § 165 Rn. 15 f.; a.A. *Mohrbutter*, KTS 1956, S. 107, 109; *Schiffhauer* in: *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, § 172 Anm. 8.4. mit dem Hinweis auf mögliche Interessensgegensätze.

²¹⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 177; auch *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2337.

²¹¹ *Stöber*, ZVG, § 172 Anm. 8.7; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 56. Darüber hinaus wird der Insolvenzverwalter kaum darlegen können und angesichts § 60 InsO auch nicht darlegen wollen, dass die von ihm betriebene Zwangsverwaltung „eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert“ (§ 153 b ZVG).

c) Weitere Möglichkeiten des Insolvenzverwalters

Um eine optimale Verwertung des Grundstückes zu erreichen, stehen dem Insolvenzverwalter außer den genannten Zwangsverfahren diverse andere Mittel zur Verfügung. So kann er zu einem laufenden Zwangsversteigerungsverfahren beitreten, das Grundstück freihändig veräußern, Grundstückszubehör veräußern oder das Grundstück freigeben.

(1) Beitritt zu einem Zwangsversteigerungsverfahren

Zunächst kann er den Weg nach § 27 ZVG einschlagen und den Beitritt zu einem bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnenen Zwangsversteigerungsverfahren wählen. Ein Zwangsversteigerungsverfahren, das von einem absonderungsberechtigten Gläubiger betrieben wird, ist unproblematisch fortsetzbar. Wegen § 80 InsO richtet sich das Verfahren dann nur im Fortgang gegen den Insolvenzverwalter, was aber keiner Umschreibung des Titels bedarf²¹². Bei der von einem ungesicherten Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung kommt es für die Fortsetzung des Verfahrens (§ 80 Abs. 2 S. 2 InsO, da § 240 ZPO hier nicht anwendbar ist²¹³) und der Wirksamkeit der Vollstreckungsmaßnahme auf deren Zeitpunkt an, denn nur wenn diese nicht im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. danach begonnen hat, ist sie nicht von der Rückschlagsperre des § 88 InsO betroffen.

Die zum alten Insolvenzrecht vertretene herrschende Meinung, dass der Insolvenzverwalter der Zwangsversteigerung nicht beitreten könne, sondern vielmehr zwei Verfahren nebeneinander zu betreiben sind²¹⁴, ist nach Einführung des § 174 a ZVG so nicht mehr haltbar. Andernfalls wäre das Verfahren des Insolvenzverwalters als bestrangigem Gläubiger zuerst durchzuführen²¹⁵ und es käme zu einem Zuschlag nach § 174 a ZVG, wodurch alle Rechte der Grundpfandgläubiger erlöschen würden²¹⁶. Da die Insolvenzrechtsreform einen derart ungerechtfertigten Eingriff in die schutzwürdigen Interessen der absonderungsberechtigten Gläubiger aber nicht vorsah, ist der Beitritt des Insolvenzverwalters zum Zwangsversteigerungs-

²¹² AG Hamburg-Wandsbek Rpfleger 1967, S. 15, 16; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 75; *Hess* in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 17; *Hess*, Bankrechtstag 1999, S. 101, 107; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 22; *Stöber*, ZVG, § 15 Anm. 23.11; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2338; *Stöber*, NZI 1998, S. 105, 106; *Wenzel*, NZI 1999, S. 101; *Mohrbutler*, KTS 1958, S. 81; a.A. *MünchKomm/Ganter*, InsO, § 49 Rn. 87; LG Cottbus ZInsO 2000, 240 (LS).

²¹³ AG Göttingen NZI 2000, 95; *Stöber*, NZI 1998, S. 105, 106; *Stöber*, ZVG, § 15 Anm. 23.11; *Hess* in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 17; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 75.

²¹⁴ Zur Konkursordnung: *Steiner/Eickmann*, ZVG, § 172 Rn. 32; aber auch zur Insolvenzordnung: *Stöber*, ZVG, § 172 Anm. 7.1; *Knees*, ZIP 2001, S. 1568, 1579; *Wieser*, KKZ 2000, S. 169, 172; *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, § 49 Rn. 16.

²¹⁵ Da die Neuregelung des § 174 a ZVG bei umgekehrter Reihenfolge (so aber *Depré*, in: *Smid*, InsO, § 165 Rn. 8) gänzlich leer laufen würde.

²¹⁶ *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 20; *Muth*, ZIP 1999, S. 945, 951.

verfahren eines Gläubigers einer Immobiliarsicherheit zuzulassen²¹⁷. In diesem Fall erfolgt ein Doppelausgebot nach § 174 a ZVG zugunsten des Insolvenzverwalters, wie oben beschrieben, und den Interessen der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten wird ausreichend Rechnung getragen.

(2) *Freihändige Veräußerung des Grundstückes*

Überdies ist der Insolvenzverwalter zur freihändigen Veräußerung des Grundstückes berechtigt (§§ 80, 159 InsO), soweit nicht vertragliche Vereinbarungen oder gesetzliche Vorschriften dem widersprechen²¹⁸. Zwar bedarf der Insolvenzverwalter zur freihändigen Veräußerung unbeweglicher Gegenstände der Zustimmung des Gläubigerausschusses nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO, jedoch ist seine rechtliche Befugnis im Außenverhältnis davon nicht betroffen, so dass die von ihm vorgenommenen Handlungen wirksam sind (§ 164 InsO). Der Insolvenzverwalter kann das Grundstück sogar noch nach einer von ihm erfolgten Beantragung und Anordnung einer Zwangsversteigerung freihändig veräußern, da ein solcher Beschluss nicht als Beschlagnahme gilt (§ 173 ZVG). Eine freihändige Veräußerung des Grundstückes durch den Insolvenzverwalter ist aber ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger eines Grundpfandrechts eine Zwangsversteigerung beantragt hat und die Beschlagnahme erfolgt ist²¹⁹ bzw. dieser zwischenzeitlich einem solchen Verfahren wirksam beigetreten ist, da der Insolvenzverwalter ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Herr des Verfahrens ist²²⁰.

Bei einer freihändigen Veräußerung des Grundstückes richtet sich die Rechtsstellung der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit nach den Modalitäten des Verkaufs. Wurde das Grundstück mit den Immobiliarsicherheiten belastet verkauft, so fällt der Veräußerungserlös zwar in vollem Umfang der Insolvenzmasse zu, ohne dass die Gläubiger ein Absonderungsrecht hieran erlangen. Da die Immobiliarsicherheiten aber nach wie vor das veräußerte Grundstück

²¹⁷ Muth, ZIP 1999, S. 945, 950; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 24; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 135, 141 f.; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 78 u. 90; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 58; FK/Schmerbach, InsO, § 165 Rn. 7; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 165 Rn. 20; befürwortend B.Schmidt, InVO 1999, 73, 74.

²¹⁸ Stöber, ZVG, § 172 Anm. 3.1.a); Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung, Rn. VIII. 66 ff.; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 9; MünchKomm/Lwowski, InsO, § 165 Rn. 31 f.; Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rn. 534; Keller, ZfIR 2002, S. 861, 856 ff.; Marotzke, ZZP 109 (1996), S. 429, 451. – Im Gegensatz zur Verwertung beweglicher Gegenstände sieht die Insolvenzordnung für die freihändige Veräußerung von Grundstücken keinen Massebeitrag vor. Dieser wird aber in der Praxis häufig zwischen Gläubigern von Immobiliarsicherheiten und Insolvenzverwalter vereinbart, weil letzterer andernfalls kaum zur freihändigen Veräußerung bereit sein wird (Braun/Gerbers, InsO, § 165 Rn. 23; Weis/Ristelhuber, ZInsO 2002, 859, 860 f.). – Zur Pflicht eine Vorfälligkeitsentschädigung für den Zinsausfall des Gläubigers einer Immobiliarsicherheit zu zahlen vgl. OLG Hamburg DZWIR 2003, 79.

²¹⁹ Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 165 Rn. 17; Mohrbutter, KTS 1958, S. 81, 82.

²²⁰ Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung, Rn. VIII. 74; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 12; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 59.

belasten, entsteht den Gläubigern kein Nachteil²²¹. Eine Veräußerung des Grundstückes ohne Immobiliarsicherheiten ist hingegen nur im Einvernehmen mit den Gläubigern dieser Sicherheiten durch Erteilung der Löschungsbewilligungen möglich²²². Die betroffenen Gläubiger können in diesem Fall eine abgesonderte Befriedigung aus dem Veräußerungserlös beanspruchen²²³. Der Erlös wird grundsätzlich nach der im Zwangsversteigerungsverfahren feststehenden Rangfolge des § 10 Abs. 1 ZVG verteilt²²⁴, soweit nichts anderes vereinbart wurde²²⁵. Obwohl alle Gläubiger in den lastenfreien Verkauf einwilligen müssen, stellt diese Veräußerungsweise die Regel dar. Denn der Insolvenzverwalter kann mit der Freigabe des Grundstückes drohen und damit auf die Gläubiger mit einer guten Rangposition Druck ausüben²²⁶.

Anders als bei einer Zwangsversteigerung steht der Masse bei einer freihändigen Veräußerung der Feststellungs- und Verwertungsanspruch aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG grundsätzlich nicht zu. Der Insolvenzverwalter kann ihn aber auch bei einem freihändigen Verkauf realisieren, indem er eine Beteiligung am Veräußerungserlös für die von ihm übernommene Verwertung fordert²²⁷. Gläubiger, deren Grundpfandrechte durch den Verkaufserlös nicht mehr gedeckt sind, widersprechen in der Regel einer Löschungsbewilligung. Obwohl sie im sonst durchgeführten Zwangsversteigerungsverfahren gänzlich ausfallen würden, sind sie oftmals nur gegen Zahlung einer „Lästigkeitsprämie“ durch die vorrangigen Gläubiger zur Einwilligung zu bewegen²²⁸.

(3) Veräußerung von Grundstückszubehör

Grundstückszubehör, das dem Haftungsverband einer Immobiliarsicherheit angehört, fällt nicht in den Anwendungsbereich der §§ 166 ff. InsO und kann daher grundsätzlich nicht vom Insolvenzverwalter verwertet werden²²⁹. Ob der Insolvenzverwalter dennoch dazu berechtigt

²²¹ OLG Frankfurt ZIP 1981, 639; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2337; *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, § 165 Rn. 17; *HK/Eickmann*, InsO, § 49 Rn. 20.

²²² *Knees*, ZIP 2001, S. 1568, 1573; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 146.

²²³ BGHZ 47, 181, 183; BGH NJW 1977, 247; *Hess* in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 5; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 165 Rn. 8.

²²⁴ BGH NJW 1977, 247, 248; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 146 f.

²²⁵ Die Insolvenzmasse partizipiert in der Praxis mit einer Quote von 10 bis 20 Prozent. Vgl. *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Rn. 1510.

²²⁶ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 59.

²²⁷ *Knees*, ZIP 2001, S. 1568, 1573; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2337.

²²⁸ *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2337; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6339. – Wegen der damit verbundenen Erschwerung der Verwertung kann die Bestellung einer Schornsteinhypothek wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sein gem. §§ 130, 132 InsO (BGHZ ZIP 2001, 1332).

²²⁹ *FK/Wegener*, InsO, § 165 Rn. 20; *HK/Landfermann*, InsO, § 166 Rn. 11; *Marotzke*, ZZP 109 (1996), S. 429, 445 f.

ist, Grundstückszubehör zu veräußern, richtet sich deshalb nach dem Zeitpunkt, zu dem der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger die Beschlagnahme erwirkt hat²³⁰.

(a) *Vor der Beschlagnahme*

Auch wenn für den auf einer wirtschaftlichen Einheit von Grundstück und Zubehör basierenden Haftungsverband die Bewirtschaftung eines lebendigen Betriebes vorgesehen ist²³¹, der in der Insolvenz aber gerade fehlt²³², kommt es durch die Insolvenz zu keiner Auflösung des Haftungsverbands²³³. Die Möglichkeiten der Enthftung des Zubehörs durch den Insolvenzverwalter richten sich daher nach den zivilrechtlichen Vorschriften § 1121 BGB bzw. § 1122 Abs. 2 BGB. Die Veräußerung und Entfernung müssen innerhalb der engen Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft liegen. Eine Betriebsstilllegung kann zwar eine der Verwertung der Insolvenzmasse dienliche und erforderliche Maßnahme sein, sie kann aber nicht zu einer Enthftung nach § 1122 Abs. 2 BGB führen, weil sie keine nützliche und notwendige Maßnahme zur Bewirtschaftung des Grundstückes darstellt, mithin nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft erfolgt²³⁴. Genauso wenig rechtfertigt eine Änderung der Zweckbestimmung des Betriebsvermögens das Zurücktreten des Verwertungsinteresses der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit hinter die Befriedigungsinteressen der Insolvenzgläubiger²³⁵. Bei der Enthftungsmöglichkeit nach § 1121 Abs. 1 BGB kommt die Einhaltung der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft erst über § 1135 BGB ins Spiel²³⁶. So steht der Erlös einer wirksamen Enthftung nur dann ausschließlich der Insolvenzmasse zu, wenn die Veräußerung innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft erfolgte²³⁷. Ist dies

²³⁰ Wobei der Beitritt zu einer Insolvenzverwalterversteigerung dem gleich steht. *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 60.

²³¹ BGHZ 60, 267, 270.

²³² BGH NJW 1996, 935, 836.

²³³ BGHZ 60, 267, 270; *Grundlach*, DZWIR 1998, S. 485, 486; *FK/Wegener*, InsO, § 166 Rn. 4.

²³⁴ RGZ 69, 85, 88; BGHZ 56, 298; 60, 267, 269 f.; BGH NJW 1996, 835. Geringe praktische Bedeutung hat die Frage, ob die Zubehöreigenschaft entfällt (so BGHZ 60, 267, 269; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1122 Rn. 3; *MünchKomm/Eickmann*, BGB, § 1122 Rn. 16; *Bamberger/Roth/Rohe*, BGB, § 1122 Rn. 6; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 217; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 18.10; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 110) oder nicht (so LG Darmstadt KTS 1977, 126; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 4 Rn. 8). Da streng genommen gar kein Zubehör im Sinne des Wortlauts des § 1121 Abs. 1 BGB vorliegen würde, ist diese Vorschrift zumindest analog anzuwenden (vgl. *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 111 f.).

²³⁵ BGH NJW 1996, 835, 836; *Gundlach*, DZWIR 1998, S. 485, 487.

²³⁶ Da sich die Rechtsposition des Insolvenzverwalters in dieser Hinsicht nicht von der des Grundstückseigentümers unterscheidet (BGHZ 60 267, 271; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1121 Rn. 5; *Gundlach*, DZWIR 1998, S. 485, 487), kann für die näheren Einzelheiten auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Entscheidende Zäsur ist daher die Beschlagnahme des Grundstückes die sich nach § 20 Abs. 2 ZVG auch auf das Zubehör erstreckt und durch die sich deshalb dessen Mithaftung im Zwangsversteigerungsverfahren realisiert (§§ 55 Abs. 1, 90 Abs. 2 ZVG); vgl. *Depré*, in: *Smid*, InsO, § 49 Rn. 36.

²³⁷ BGHZ 60, 267, 273; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 7; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 217; *Gundlach*, DZWIR 1998, S. 485, 487; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 18.10.

nicht der Fall, liegt eine Verletzung von § 1135 BGB vor, so dass der Erlös dem Gläubiger der Immobiliarsicherheit gebührt (§ 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 1134, 1135 BGB)²³⁸.

(b) Nach der Beschlagnahme

Nach der Beschlagnahme kann Eigentum an Zubehörstücken nur noch durch gutgläubigen Erwerb lastenfrei erlangt werden (§ 1121 Abs. 2 BGB, § 23 ZVG). In diesem Fall erhält der Gläubiger der Immobiliarsicherheit, der sein Absonderungsrecht hierdurch verloren hat, ein Ersatzabsonderungsrecht am Erlös²³⁹.

(4) Freigabe des Grundstückes

Schließlich steht dem Insolvenzverwalter noch die Freigabe des Grundstückes offen. Die Freigabe ist ein insolvenzrechtsspezifisches Institut, das nicht nur allgemein anerkannt²⁴⁰, sondern auch gesetzlich in § 32 Abs. 3 InsO, wenn auch nicht explizit, verankert wurde. Der Insolvenzverwalter kann das zur Insolvenzmasse gehörende Grundstück vom Insolvenzbeschluss befreien und dem Schuldner überlassen, der hierdurch wieder über das Grundstück verfügen darf (so genannte echte Freigabe)²⁴¹.

Da bereits die freihändige Veräußerung eines unbeweglichen Gegenstandes der Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO bedarf, muss dies erst recht für die Freigabe eines unbeweglichen Gegenstandes gelten, denn die Insolvenzmasse erhält hier keinerlei Ausgleich. Soll eine Immobilie freigegeben werden, muss folglich der Gläubigerausschuss bzw. die Gläubigerversammlung dem zustimmen, analog § 160 Abs. 2 InsO bzw. nach der Generalklausel in § 160 Abs. 1 InsO²⁴². Die Freigabe wird dann durch eine Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner²⁴³ be-

²³⁸ BGHZ 60, 267, 274; OLG Dresden ZInsO 2003, 472; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, § 1121 Rn. 9; *MünchKomm/Eickmann*, BGB, § 1121 Rn. 16; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1121 Rn. 5; *FK/Wegener*, InsO, § 165 Rn. 20; *HK/Landfermann*, InsO, § 166 Rn. 11; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 7; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 62; *Depré*, in: *Smid*, InsO, § 49 Rn. 37; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 4 Rn. 8; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 18.10. Ausführlich zur umstrittenen Rechtsgrundlage: *Gundlach*, DZWIR 1998, S. 485, 488 f.; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 116 ff.

²³⁹ *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 218; *HK/Eickmann*, InsO, § 48 Rn. 16; *Gerhardt*, Grundpfandrechte, Rn. 108; *Depré* in: *Smid*, InsO, § 49 Rn. 41; *Smid* in: *Smid*, InsO, § 48 Rn. 18.

²⁴⁰ Rechtsprechung zur Konkursordnung: RGZ 94, 55, 56; BGHZ 35, 180, 182; BGH NJW 1994, 3232, 3233; BFH ZIP 1993, 1247; BVerwG NJW 1984, 2427; vgl. auch OLG Naumburg NZI 2000, 322 und OLG Rostock NZI 2001, 96 (kein Ausschluss durch das Sachenrechtsbereinigungsgesetz); Literatur zur Insolvenzordnung statt aller: *Nerlich/Römermann/Wittowski*, InsO, § 80 Rn. 95; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rn. 57 ff.; *Keller*, ZfIR 2002, S. 861, 870; ausführlich *Benckendorff*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1099 f..

²⁴¹ Zur Terminologie: *MünchKomm/Ott*, InsO, § 80 Rn. 66.

²⁴² *Jungmann*, Grundpfandrechte und Unternehmensinsolvenz, S. 63.

²⁴³ RGZ 94, 55, 56; BGH NJW 1994, 3232, 3233; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 6 KO Anm. 4 d) aa).

wirkt, wobei eine Erklärung beispielsweise gegenüber der Bank nicht genügt²⁴⁴. Ratsam ist die Freigabe bei einer sehr hohen Belastung des Grundstückes, aufgrund derer mit einem Veräußerungserlös, der in die Masse fließen würde, nicht zu rechnen ist²⁴⁵. Um Haftungsrisiken zu entgehen, wird der Insolvenzverwalter in manchen Fällen sogar dazu gehalten sein, die Freigabe des Grundstückes herbeizuführen, da er als Insolvenzverwalter die Masse vor unnötigen Kosten und Risiken zu schützen hat. Ist das Grundstück freigegeben, erlangt der Schuldner hierüber wieder die freie Verfügungsmacht. Zudem können die Gläubiger einer Immobiliarsicherheit uneingeschränkt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben²⁴⁶.

Die herrschende Meinung unterscheidet bei der Freigabe eines Grundstückes nicht danach, ob es sich um das Vermögen einer natürlichen oder einer juristischen Person handelt, über das das Insolvenzverfahren eröffnet wurde²⁴⁷. Eine differenzierte Sichtweise erscheint aber hinsichtlich der Freigabe eines Grundstückes in der Insolvenz einer juristischen Person angebracht. Denn in der Insolvenz einer Gesellschaft ist der Insolvenzverwalter zur Vollabwicklung der Gesellschaft verpflichtet, wenn eine Reorganisation nicht in Betracht kommt²⁴⁸. Wie den Gesetzgebungsmaterialien zu entnehmen ist, ließ sich der Gesetzgeber von der Vorstellung leiten, dass ein Liquidationsverfahren im Anschluss an ein Insolvenzverfahren nicht erforderlich ist und insolvente Gesellschaften mit Verfahrensende gelöscht werden²⁴⁹. § 1 Abs. 2 S. 3 des Entwurfs zur Insolvenzordnung, nach dem bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit das Verfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung treten sollte, wurde nur deshalb nicht in die heutige Insolvenzordnung aufgenommen, weil die Vorschrift des § 1 InsO „lediglich redaktionell gestraft“ werden sollte²⁵⁰. Er offenbart jedoch den Willen des Gesetzgebers, das Insolvenzrecht mit dem Liquidationsrecht zu harmonisieren. Deutlich wird dies zudem an § 199 S. 2 InsO, der anders nicht zu erklären ist²⁵¹. Hiernach hat der Verwalter jeder am Schuldner beteiligten Person nach der Schlussverteilung den Teil des Überschusses herauszugeben, der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustehen würde. Wird aber mit dem

²⁴⁴ RGZ 94, 55, 56; *Obermüller*, Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft, Rn. 59.

²⁴⁵ *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 124; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, Rn. 5/310;.

²⁴⁶ *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, Rn. 5/409; *Obermüller*, Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft, Rn. 59; *Wieser*, KKZ 2000, S. 169, 170.

²⁴⁷ BVerwG NJW 1984, 2427; *MünchKomm/Ott*, InsO, § 80 Rn 69; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 183; *Nerlich/Römermann/Wittowski*, InsO, § 80 Rn. 10; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2345 f.; *Tetzlaff*, ZIP 2001, S. 10, 19; *HK/Eickmann*, InsO, § 35 Rn. 47 (unter Aufgabe der in der 2. Aufl. vertretenen Ansicht); wohl auch *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rn. 62.

²⁴⁸ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 63; a.A. die h.M.: BGHZ 148, 252; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 35 Rn. 113 f.

²⁴⁹ BT-Drucks. 12/2443, S. 83 f.; vgl. auch BT-Drucks. 12/3803, S. 70 zur Einführung von § 144 a FGG.

²⁵⁰ So die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7302, S. 155.

²⁵¹ *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 135

Insolvenzverfahren die Liquidation angestrebt, so dass der Insolvenzverwalter die Gesellschaft bis zur Lösungsreife abzuwickeln hat, ist eine Freigabe bei juristischen Personen nicht vorstellbar²⁵². Anders als bei natürlichen Personen, die ihre Verwaltungs- und Verfügungsgewalt über das freigegebene Grundstück zurückerlangen, ist dies bei einer juristischen Person sachlich nicht möglich, da es mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine handlungsfähigen Gesellschaftsorgane mehr gibt²⁵³. Es stellt sich daher die Frage, wie eine Freigabe dann zu bewerkstelligen ist.

II. Kostenbeteiligung

Die Möglichkeiten der Hypothekengläubiger, Befriedigung aus ihren Sicherheiten zu erlangen, sind, wie aufgezeigt, in mancher Hinsicht begrenzt worden. Neben der erschwerten Durchsetzung der Verwertungsrechte, wird den gesicherten Gläubigern in bestimmten Konstellationen zusätzlich ein Kostenbeitrag auferlegt. Grundsätzlich werden die Gläubiger sowohl bei der Zwangsversteigerung durch die Grundpfandgläubiger als auch bei der Verwertung durch den Insolvenzverwalter nach § 165 InsO i.V.m. §§ 172 ff. GVG an den Kosten beteiligt. Ein Kostenbeitrag kann aber nur im Falle der Zwangsversteigerung und nicht im Fall einer Zwangsverwaltung²⁵⁴ erhoben werden, was sich aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG ergibt. Darüber hinaus muss ein Verwalter tatsächlich eingesetzt worden sein, denn nur ihm entstehen ersatzfähige Kosten. Die Hypothekengläubiger müssen daher im Fall der Eigenverwaltung keinen Kostenbeitrag leisten²⁵⁵. Der Kostenbeitrag entfällt zudem bei der freihändigen Veräußerung des Grundstückes durch den Insolvenzverwalter²⁵⁶, so dass die Feststellungskosten aus dem Erlös zu zahlen sind.

1. Gründe und Anspruchsgrundlage für eine Kostenbeteiligung

Die Einführung einer Kostenbeteiligung der gesicherten Gläubiger durch die Insolvenzordnung war aus folgenden Gründen angezeigt. Die bei der Feststellung und Erhaltung der Sicherheiten, speziell der Mobiliarsicherheiten, entstehenden Kosten waren nach altem Recht

²⁵² Grundlegend: *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 99 ff.; *ders.*, ZIP 2000, S. 1913, 1920 m.w.N.; *ders.*, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1188 f.; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 6 KO Anm. 4 d) cc); *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 63; auch: OVG Mecklenburg-Vorpommern ZIP 1997, 1460, 1464; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 133 ff.

²⁵³ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 64.

²⁵⁴ *Wittig*, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1487; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 94; *Marotzke*, ZZP 109 (1996), S. 429, 460.

²⁵⁵ *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 165 Rn. 32; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.379; *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, S. 66; *Vallender*, RPfeger 1997, S. 353, 355.

²⁵⁶ BT-Drucks. 12/3803, S. 69; *Marotzke*, ZZP 109 (1996), S. 429, 460.

aus der Masse zu bestreiten und konnten nicht auf die gesicherten Gläubiger abgewälzt werden²⁵⁷. Überdies erhielten die gesicherten Gläubiger den gesamten Verwertungserlös einschließlich des darin enthaltenen Umsatzsteueranteils²⁵⁸. Die ungesicherten Gläubiger sahen daher ihre Befriedigungsmöglichkeiten wesentlich geschmälert. Zweifel hatte hieran auch der Bundesgerichtshof, der diesen Zustand für rechtspolitisch bedenklich hielt²⁵⁹.

Anders als bei den Mobiliarsicherheiten sah der Gesetzgeber bei den Immobiliarsicherheiten nur ein geringes Reformbedürfnis im Kostenpunkt²⁶⁰. Denn bei Immobiliarsicherheiten fallen Feststellungskosten, die die Masse zugunsten der gesicherten Gläubiger belasten können, im Vergleich zu Mobiliarsicherheiten kaum an. Dies ist auf die Grundbuchpublizität der Immobiliarsicherheiten zurückzuführen. So kann der Insolvenzverwalter bereits durch einen Blick ins Grundbuch bestehende Absonderungsrechte erkennen. Ferner sind die Verwertungskosten²⁶¹ (§ 109 ZVG) und mitunter auch die Erhaltungskosten²⁶² (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 ZVG) der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung bereits nach alter Rechtslage, aus dem Erlös vorweg zu entnehmen. Darüber hinaus bestand auch nach überkommenem Recht in gewissem Umfang die Möglichkeit, die Zwangsversteigerung einstweilen einzustellen.

Der Kostenbeitrag bezieht sich daher nur auf bewegliche Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt, d.h. auf bewegliche Gegenstände, die dem Haftungsverband der Immobiliarsicherheit angehören²⁶³. Zur Klärung der Frage, ob es sich bei diesen Gegenständen um Zubehör handelt und sie daher vom Insolvenzverwalter nicht verwertet werden dürfen, muss der Insolvenzverwalter umfangreiche Untersuchungen vornehmen, für die er auch ein höheres Honorar beanspruchen kann. Denn der hiermit verbundene Aufwand ist vergleichbar mit dem Aufwand zur Feststellung von Absonderungsrechten aus Sicherungsübereignungen und -abtretungen²⁶⁴. Der Insolvenzmasse müssen daher nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG all diejenigen Kosten aus dem Versteigerungserlös ersetzt werden, die durch die Feststellung des mithaftenden Grundstückszubehörs entstehen. Nach § 171 Abs. 1 S. 2 InsO werden diese Kosten

²⁵⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 87.

²⁵⁸ BGHZ 77, 139.

²⁵⁹ BGHZ 77, 139, 150.

²⁶⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 8; *Marotzke*, ZZZ 109 (1996), S. 429, 458; vgl. auch *Obermüller*, ZBB 1992, S. 202, 211 ff.; *Huth*, Kreditsicherungsrecht, S. 127.

²⁶¹ Vgl. *Wolff*, ZIP 1980, S. 417, 420, der unterstreicht, dass diese bei Großobjekten erheblich sein können.

²⁶² Diese Erhaltungskosten umfassen aber nur diejenigen, die tatsächlich objekterhaltende oder –verbessernde Wirkung haben (BGH ZIP 2003, 1172).

²⁶³ Unkörperliche Gegenstände kann der Kostenbeitrag nicht erfassen, auch wenn diese, wie Versicherungsforderungen, dem Haftungsverband der Immobiliarsicherheit angehören. (vgl. *Stöber*, ZVG, § 10 Anm. 3.2; a.A. offenbar *Marotzke*, ZZZ 109 (1996), S. 429, 458). Der Gesetzgeber hat sich hierzu deutlich geäußert (BT-Drucks. 12/3803, S. 68 f.), indem er von „beweglicher Sache“ und „Zubehör“ spricht, eine konträre Ansicht widerspräche dem System der §§ 170, 171 InsO, die auf bewegliche Sachen abstellen.

²⁶⁴ *Marotzke*, ZZZ 109 (1996), S. 429, 459, erachtet den Aufwand sogar als noch größer.

pauschal mit vier Prozent des Verkehrswerts der beweglichen Sachen angesetzt. Maßgeblich ist hier der nach § 74 a ZVG mit dem Grundstückswert festgesetzte Wert der beweglichen Gegenstände, was unabhängig vom Zeitpunkt und den Gründen²⁶⁵ der Wertfestsetzung nach § 74 a ZVG gilt²⁶⁶.

Ob § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG bereits die Anspruchsgrundlage für den Kostenbeitrag darstellt, erscheint auf den ersten Blick fraglich. Denn der missverständliche Wortlaut der Vorschrift, lässt eher davon ausgehen, dass ein Anspruch vorausgesetzt wird. Dennoch handelt es sich bei § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG um eine eigene Anspruchsgrundlage²⁶⁷. Denn die alternativ in Betracht kommenden §§ 171, 172 InsO beziehen sich auf § 166 InsO und gelten damit ausschließlich für bewegliche Sachen. Da die Verwertung von dem Haftungsverband angehörenden Zubehör dem Rechtscharakter nach aber eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist, sind §§ 171, 172 InsO als Anspruchsgrundlage ausgeschlossen²⁶⁸. Außerdem ging auch der Gesetzgeber von der Anspruchsgrundlage in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG aus, da es in der Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung heißt, dass durch die Einführung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG der Kostenbeitrag von Zubehör „gewährt“ wird²⁶⁹.

2. Argumente für und gegen einen Kostenbeitrag

An der Einführung einer Kostenbeteiligung der Immobiliargläubiger wurde erhebliche Kritik geäußert²⁷⁰. Diese galten aber hauptsächlich den Berichten der Kommission für Insolvenzrecht²⁷¹, d.h. einer Insolvenzordnung, die noch nicht einmal als Entwurf vorlag. Vorgebracht wurde, dass die Kalkulation der Beleihungsgrenzen erschwert würde, dem Insolvenzverwalter gar keine Feststellungskosten entstünden, Einschnitte besonders schmerzlich seien, weil Zubehör häufig den wichtigsten Erlösposten bei der Verwertung von Grundpfandrechten darstellen würde, die Konsequenzen für den Kapitalmarkt gravierend seien und zu einer unangemessenen Benachteiligung der Banken führen würden. Zum damaligen Zeitpunkt war der Gedanke einer Kostenbeteiligung insgesamt neu, zudem war ein Kostenbeitrag in Höhe von zehn

²⁶⁵ Zur Wertfestsetzung in einem frühen Verfahrensstadium zur Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach § 30 e Abs. 2 ZVG vgl. im 6. Kapitel B.I.1.(3)(b).

²⁶⁶ A.A. hinsichtlich der Berechnung des Anspruchs nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a ZVG immer auf den Beginn der Versteigerung abstellend, Stöber, ZVG, § 10 Anm. 3.4.

²⁶⁷ Vgl. Marotzke, ZZP 109 (1996), S. 429, 459 f.; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 17; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 94; a.A. Beckers, WM 1990, S. 1177, 1179.

²⁶⁸ Vallender, RPfleger 1997, S. 353, 355, Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 94.

²⁶⁹ BT- Drucks. 12/2443, S. 89.

²⁷⁰ Weber, Die Bank 1986, S. 30, 35 f.; Engau, Sparkasse 1986, S. 402, 404; Mohrbutter, ZIP 1985, S. 1461, 1463 f.; Knees, ZIP 2001, S. 1568, 1579.

²⁷¹ Vgl. aber Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, § 165 Rn. 15.

Prozent im Gespräch²⁷², der auf Bemühen der Banken hin auf nunmehr vier Prozent gesenkt wurde²⁷³. Die Befürchtungen stehen dabei mehrheitlich im Zusammenhang mit einer bestimmten Interessenlage. Aus Perspektive der Grundpfandgläubiger ist daher ein Kostenbeitrag auch nicht zu begrüßen. Aus Sichtweise der ungesicherten Gläubiger jedoch erscheinen die nunmehr geltenden Regelungen im Insolvenzverfahren insgesamt als gerecht. So haben die ungesicherten Gläubiger ohnehin die schlechteren Befriedigungsmöglichkeiten, so dass sie durch die aus der Masse zu zahlenden Feststellungskosten noch weiter benachteiligt würden.

3. Festsetzung des Verkehrswertes

Der Grundstückswert, d.h. der Verkehrswert, wird vom Vollstreckungsgericht festgesetzt (§ 74 a Abs. 5 ZVG). Stellt sich im Nachhinein heraus, dass der Wert falsch bemessen wurde, ändert dies nichts an der Maßgeblichkeit des festgesetzten Verkehrswertes²⁷⁴. Wäre die Abänderbarkeit des Verkehrswertes möglich, würde dies jedoch in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Das Problem der nachträgliche Wertänderung des mithaftenden Zubehörs kann zwar nicht geleugnet werden, da sich der Verkehrswert auch noch nach Rechtskraft der Beschlusses (§ 74 a Abs. 5 ZVG) erheblich verändern kann. Ursachen für eine nachträgliche Veränderung des vom Vollstreckungsgericht ermittelten Wertes zum Nach- oder Vorteil der gesicherten Gläubiger sind etwa die Zerstörung von Zubehörstücken, die drastische Veränderung der Marktlage, das erfolgreiche Herausverlangen von vermeintlichen Zubehögegenständen durch Dritteigentümer, das Hinzukommen neuer Zubehörstücke in den Haftungsverband, das Heranziehen falscher Erwägungen bei der Wertermittlung oder gar eine Rechtsprechungsänderung zur Zubehöreigenschaft. Unklar ist auch, was bei bereits erfolgter Einbehaltung oder Auszahlung von Geldbeträgen geschehen soll. Zum einen ergibt sich ein Problem tatsächlicher Art, denn nicht jeder Gläubiger erlangt Kenntnis von der Einbehaltung oder Auszahlung. Zum anderen stellt sich die Frage, auf welche Rechtsgrundlage ein Rückzahlungsanspruch gestützt werden soll. Da die Zahlung bzw. Einbehaltung aufgrund eines gerichtlichen Beschlusses erfolgt, scheidet eine „ungerechtfertigte“ Bereicherung aus. Diese ungelösten Probleme lassen erkennen, dass gewisse Unbilligkeiten zu Lasten des ein oder

²⁷² Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Leitsatz 3.5.1.

²⁷³ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 93.

²⁷⁴ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.374; Obermüller/Hess, InsO, Rn. 1371; Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 165 Rn. 42; Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 165 Rn. 44; zurückhaltender Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 21 RN. 35, der den vom Vollstreckungsgericht angesetzten Wert nur als Anhaltspunkt ansieht. Allgemein a.A. zur Änderung der Wertfestsetzung: Stöber, ZVG, § 74 a Anm. 7.13 ff; Gerhardt, in: Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, §§ 74 a, 74 b Rn. 36; Mohrbutter, ZIP 1985, S. 1461, 1462.

anderen Beteiligten hinzunehmen sind, um eine praktikable und rechtssichere Lösung zu finden. Demzufolge kann nur die Unabänderbarkeit des durch das Vollstreckungsgericht festgelegten Verkehrswertes den Anforderungen der Praxis gerecht werden²⁷⁵.

III. Immobiliarsicherheiten im Insolvenzplanverfahren

1. Allgemeines

Das in den §§ 217 ff. InsO geregelte Insolvenzplanverfahren stellt im deutschen Insolvenzrecht ein Novum dar, denn hinsichtlich Zielsetzung und Ablauf gab es bis zur Insolvenzrechtsreform kein entsprechendes Pendant²⁷⁶. Es sollte ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden, der einvernehmliche Wege aus der Insolvenz ermöglicht. Der privatautonome Charakter von Lösungen in der Insolvenz steht hierbei im Vordergrund²⁷⁷. Der Ansatz dieses Verfahrens unterscheidet sich von den bislang bekannten Verfahren völlig, da diese eine Mindestbefriedigungsquote und die „Würdigkeit“ des Schuldners forderten. Statt eines Reorganisationsverfahrens entsprachen diese Verfahren eher einer Schuldenregulierung²⁷⁸.

Ebenso wenig ist das Insolvenzplanverfahren ein reines Reorganisationsverfahren²⁷⁹. Da durch das Verfahren die Möglichkeit gegeben werden soll, die Befriedigung absonderungsberechtigter Gläubiger und Insolvenzgläubiger, die Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse und die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens zu regeln (§ 217 InsO). Daher ist das Insolvenzplanverfahren in seiner Zielsetzung ergebnisoffen²⁸⁰.

In der Insolvenz eines Unternehmens sind drei Verfahrensziele vorstellbar²⁸¹: die Liquidation, die übertragende Sanierung, d.h. die Sanierung des Unternehmens ohne Sanierung des Unternehmensträgers²⁸², oder die (investive) Sanierung des Schuldners, bei der das Unternehmen und der Unternehmensträger saniert werden. Das Erfolgspotenzials des Unternehmens soll hier durch geeignete leistungs-, finanzwirtschaftliche und rechtlich-organisatorische Maß-

²⁷⁵ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 93 f.; kritisch Mohrbutter, ZIP 1985, S. 1461, 1462.

²⁷⁶ In den alten Bundesländer gab es nach dem bis 1999 maßgeblichen Insolvenzrecht vor der Verfahrenseröffnung die Möglichkeit des Vergleichs nach der Vergleichsordnung und nach der Verfahrenseröffnung die des Zwangsvergleichs nach der Konkursordnung (§§ 173 ff. KO). In den neuen Bundesländern konnte es zur Beendigung des Gesamtvollstreckungsverfahrens durch eine Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger kommen (§ 16 GesO).

²⁷⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 90 f. u. 194.

²⁷⁸ Vgl. hierzu MünchKomm/Eidenmüller, InsO, vor §§ 217 bis 269 Rn. 2 f.

²⁷⁹ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 95.

²⁸⁰ Riggert, WM 1998, S. 1521; ähnlich Gottwald/Braun, Insolvenzrechts-Handbuch, § 66 Rn. 5; Lüer in: Uhlenbruck, InsO, § 217 Rn. 4

²⁸¹ Vgl. auch Lüer in: Uhlenbruck, InsO, § 220 Rn. 2; Rattunde, ZIP 2003, S. 2103 ff.

²⁸² Dazu Karsten Schmidt, ZIP 1980, S. 328, 336 f.; ders., in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1278 f.; vgl. auch Wellensiek, NZI 2002, S. 233, 234. – Die übertragende Sanierung ist trotz Einführung des Insolvenzplanverfahrens auch unter Geltung der Insolvenzordnung noch immer die praktisch bedeutendste Reorganisationsmaßnahme (vgl. Förster, ZInsO 2003, S. 917).

nahmen wieder aufgebaut, zumindest aber eine existenzhaltenden Rentabilität²⁸³ des Unternehmens erreicht werden²⁸⁴.

Welches dieser drei Ziele mit dem Insolvenzplan, der im Übrigen auch nur Stundungsabreden oder einen Teilerlass enthalten kann, verfolgt wird²⁸⁵, ist gesetzlich nicht vorgegeben. Vielmehr haben die Gläubiger hierüber zu bestimmen.²⁸⁶ Angesichts des hohen Maßes an notwendiger Gläubigerbeteiligung, bleibt die Bedeutung des Insolvenzplanes als bloßes Instrument der Masseverwertung²⁸⁷ jedoch gering²⁸⁸. Denn in der Praxis lohnt sich der erhebliche Aufwand nur dort, wo wesentlich verbesserte Befriedigungschancen bestehen. Derartige Befriedigungschancen können in der Regel nur im Wege einer Reorganisation des schuldnerischen Unternehmens erreicht werden; hingegen weniger über eine abweichende Verwertungspraxis, bei der höchstens die Quote im Verteilungsverfahren geringfügig erhöht werden kann. Aufgrund dessen ist das in der Praxis mit einem Insolvenzplan verfolgte vorrangige Ziel die Unternehmensreorganisation²⁸⁹. Dieses Ziel drückt sich bereits in der Vorschrift des § 1 S. 1 InsO aus. Denn die in einem Insolvenzplan getroffene abweichende Regelung soll „insbesondere“ dem Erhalt eines Unternehmens dienen²⁹⁰.

Das Insolvenzplanverfahren kann aber auch gewisse Risiken für die Werthaltigkeit von Grundpfandrechten bergen. Denn es erlaubt dem Insolvenzverwalter oder dem Schuldner (§ 218 InsO), einen Insolvenzplan vorzulegen, in dem unter anderem auch eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung zur Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger getroffen werden kann²⁹¹. Daher können die Rechte der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit im Insolvenzplan beschnitten werden (§§ 223, 228 InsO). Die Annahme des Insolvenzplanes erfordert grundsätzlich die einfache Kopf- und Summenmehrheit der abstimmenden Gläubiger jeder Gruppe (§ 244 InsO). Eine verweigerte Zustimmung kann jedoch

²⁸³ *Hermanns/Buth*, DStR 1997, S. 1178, 1179.

²⁸⁴ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 95 f.

²⁸⁵ Zu den möglichen Zielen von Insolvenzplänen vgl. *Hess/Weis*, WM 1998, S. 2349, 2352; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 563 ff.; *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 217 Rn. 9 ff; *Maus*, in: *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rn. 1613; *Neumann*, BuW 2000, S. 1, 4.

²⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 181.

²⁸⁷ BT-Drucks. 12/7302, S. 90.

²⁸⁸ *Rattunde*, ZIP 2003, S. 596; *Reck*, BuW 1999, S. 143, 149; *Burger/Schellberger*, DB 1994, S. 1833, 1834. In Bezug auf die Reorganisation des Insolvenzschnuldners ist die praktische Bedeutung des Insolvenzplanverfahrens jedoch nicht unerheblich, so *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan, S. 30 f.

²⁸⁹ *MünchKomm/Breuer*, InsO, § 223 Rn. 2; *HK/Flessner*, InsO, vor §§ 217 ff. Rn. 4; *Smid/Rattunde*, InsO, § 217 Rn. 8.

²⁹⁰ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 96.

²⁹¹ Allgemein zum Insolvenzplanverfahren *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan. Grundlegend wird die Situation der Grundpfandgläubiger behandelt von: *Städler*, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 314 ff mit rechtsvergleichenden Darstellungen zu den USA und Frankreich; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 95 ff. mit rechtsvergleichenden Darstellungen zu England und Schottland. Zur Reformdiskussion vgl. Arbeitskreis für Insolvenzverwalter NZI 2002, S. 14, 15; *Rattunde*, ZIP 2003, S. 596, 600; *Sassenrath*, ZIP 2003, S. 1517 ff.

durch das so genannte Obstruktionsverbot ausgehebelt werden (§ 245 InsO)²⁹². Aus diesem Grund hat das Insolvenzplanverfahren für Grundpfandgläubiger ein starkes Gefährdungspotential, das unter Umständen zum weitgehenden Verlust der Werthaltigkeit der Immobiliarsicherheiten führen kann. Vereinzelt wurde daher sogar schon das Ende deutscher Immobiliarsicherheiten im Insolvenzplanverfahren befürchtet²⁹³. Ob dies so zutrifft, soll im Einzelnen noch geklärt werden.

2. Planinitiativrecht und Gliederung des Insolvenzplanes

Die in § 218 InsO konstituierte Planvorlageberechtigung korrespondiert nicht mit dem bei der Planaufstellung geforderten Maß an Gläubigerbeteiligung. Denn nach dieser Vorschrift sind nur der Insolvenzverwalter und der Schuldner zur Vorlage eines Insolvenzplanes berechtigt. Der Gläubiger hat dagegen kein unmittelbares so genanntes Planinitiativrecht. Er kann nur mittelbar tätig werden, indem in der Gläubigerversammlung ein Beschluss gefasst wird, nach dem der Insolvenzverwalter zur Ausarbeitung eines Insolvenzplanes beauftragt wird²⁹⁴.

Der Insolvenzplan gliedert sich in einen darstellenden und einen gestaltenden Teil. Er hat eine Vermögensübersicht, einen Ergebnis- und Finanzplan und weitere Angaben, die im Zusammenhang mit den Regelungsinhalten des Planes stehen, zu enthalten (§§ 219 – 221, 229, 230 InsO). Auch wenn ein Insolvenzplan, der diesen Vorschriften nicht entspricht, vom Insolvenzgericht zurückzuweisen ist (§ 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO), kommt diesen Normen sowohl in rechtlicher, als auch in faktischer Hinsicht eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Nur wenn alle Beteiligten sämtliche für die Entscheidungsprozesse erforderlichen Informationen möglichst umfassend kennen²⁹⁵, werden sie in der Regel zur Mitwirkung am Plan zu bewegen sein. Deutlich wird dies auch an der Regelung in § 220 Abs. 2 InsO²⁹⁶.

3. Inhaltliche Anforderungen an den Insolvenzplan

Im Vergleich zu diesen technischen Fragen wiegen die inhaltlichen Anforderungen, die an einen Insolvenzplan gestellt werden, schwerer. Für die hier interessierende Problematik bedarf es zunächst einer Differenzierung zwischen Insolvenzplänen, die in die Rechtsstellung

²⁹² Bruns, KTS 2004, S. 1, 2.

²⁹³ Bruns, KTS 2004, S. 1, 3.

²⁹⁴ Die Vorschrift § 255 des Regierungsentwurfs sah sogar eine noch stärkere Position der Gläubiger vor, konnte doch danach auch eine qualifizierte Mehrheit einen Insolvenzplan vorlegen. Diese Regelung wurde wegen der vom Gesetzgeber befürchteten Schwierigkeiten aufgrund konkurrierender Gläubigerpläne aber nicht in die Insolvenzordnung aufgenommen (BT- Drucks. 12/7302, S. 181).

²⁹⁵ Kußmaul/Steffan, DB 2000, S. 1849, 1851.

²⁹⁶ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 96 f.

der Grundpfandgläubiger als absonderungsberechtigte Gläubiger eingreifen, und solchen, die einen derartigen Eingriff nicht vorsehen.

a) Insolvenzplan ohne Eingriff in Immobiliarsicherheiten

Enthält ein Insolvenzplan keine Bestimmungen zu Immobiliarsicherheiten, wird durch den Plan nicht in das Recht der absonderungsberechtigten Gläubiger auf Befriedigung aus den Grundpfandrechten eingegriffen (§ 223 Abs. 1 S. 1 InsO). Daher haben Gläubiger von Immobiliarsicherheiten nur dann mit einer Schmälerung ihrer Rechtsposition zu rechnen, wenn sie vorher hinreichend informiert und auf diese Weise gewarnt worden sind. Da Insolvenzpläne, die keine Bestimmungen über die Rechtsstellung der Grundpfandgläubiger treffen, für die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten bedeutungslos sind²⁹⁷, kann hier von einer näheren Betrachtung abgesehen werden.

b) Insolvenzplan mit Eingriff in Immobiliarsicherheiten

Der gestaltende Teil eines Insolvenzplanes kann dagegen durchaus Modifikationen der Rechtsstellung absonderungsberechtigter Gläubiger vorsehen. Hieran zeigt sich der Unterschied zum Regelinsolvenzverfahren. Dort können die absonderungsberechtigten Gläubiger weitgehend unbegrenzt ihre Rechte durchsetzen. Im Insolvenzplanverfahren hingegen kann die Insolvenzabwicklung abweichend geregelt werden. Dieser unterliegen dann aber auch die absonderungsberechtigten Gläubiger.

Insolvenzpläne, die eine abweichende Regelung enthalten, müssen daher angeben, um welchen Bruchteil die Rechte der Grundpfandgläubiger gekürzt, für welchen Zeitraum sie gestundet oder welchen sonstigen Regelungen sie unterworfen werden sollen (§ 223 Abs. 2 InsO). Eine Vielzahl von Vereinbarungen sind hierbei denkbar, wie beispielsweise Zinsverzicht, Neuregelung von Besitzverhältnissen, Austausch oder Freigabe von Sicherheiten, Verwaltung der Rechte durch einen Treuhänder²⁹⁸, Hinausschieben von Verwertungsmaßnahmen, Regelungen über von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Verwertungsformen etc.²⁹⁹. Verzichten Gläubiger von Immobiliarsicherheiten wegen des Insolvenzplanes auf ihre Sicherheiten – was als Ausfall im Sinne des § 52 InsO zu bewerten ist –, wächst ihre Stellung als

²⁹⁷ In solchen Planverfahren besteht auch nicht die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 ZVG. Darüber hinaus hat der Insolvenzverwalter mit einer etwaigen Verwertung der Grundpfandrechte nach §§ 148, 159, 165 InsO i.V.m. §§ 172 ff. ZVG fortzufahren, vgl. *Obermüller*, WM 1998, S. 483, 486.

²⁹⁸ Vgl. dazu *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 588 f.

²⁹⁹ *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 223 Rn. 4; *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, § 223 Rn. 7; *Weisemann/Holz*, in: *Handbuch Unternehmensinsolvenz*, Kap. 16. Rn. 170 ff.; ausführlich *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 584 ff.

einfache Insolvenzgläubiger in dem Umfang, in dem sie verzichtet haben³⁰⁰, sofern sie nicht auch die persönlichen Forderungen aufgeben haben.

(1) Eingriffe mit Zustimmung der gesicherten Gläubiger

Ein Insolvenzplan, der derart detaillierte Regelungen enthält und daher mit einem erheblichen Eingriff in die Rechtsposition der gesicherten Gläubiger verbunden ist, wird nur unter vorheriger Absprache mit den Großgläubigern, d.h. in der Regel den Grundpfandgläubigern, Erfolg haben. Als Bezeichnung hierfür hat der Begriff „*prepackaged plan*“ auch in Deutschland Eingang gehalten³⁰¹. Die mit dem Insolvenzplanverfahren angestrebte privatautonome Gestaltung des Insolvenzverfahrens wird in solchen Fällen wohl am ehesten realisiert. Die Beteiligung an der Planerarbeitung ist eine strategische Frage, die rechtliche und ökonomische Aspekte miteinander koppelt. Damit der Plan erfolgreich ist, bedarf es nicht nur einer aktiven Kooperation der Gläubiger, die ein und derselben Abstimmungsgruppe angehören, sondern auch einer Zusammenarbeit der Gläubiger verschiedener Gruppen³⁰². Bringt sich der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit in das Insolvenzverfahren ein, erfolgen die Eingriffe in seine Rechtsstellungen nicht gegen seinen Willen, sondern mit seiner Zustimmung. Inwiefern Zugeständnisse gemacht werden und sich Vorteile davon versprochen werden, ist vom Einzelfall abhängig. Mehr Bedeutung wird daher der folgenden Problematik beigemessen, in der es um Eingriffe gegen den Willen eines Grundpfandgläubigers geht.

(2) Eingriffe gegen den Willen der gesicherten Gläubiger

Bei der Behandlung von möglichen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen in die Rechtsstellung eines Immobiliargläubigers, der weder an einem Insolvenzplan interessiert ist noch eine Einschränkung seiner Rechte hinnehmen will, sind folgende Abschnitte des Insolvenzplanverfahrens zu unterscheiden: Verwertungsbeschränkungen in der Phase nach der Vorlage des Planes, Bildung von Abstimmungsgruppen, Entscheidung im Abstimmungstermin, Gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplanes und Phase der Planerfüllung und -überwachung.

³⁰⁰ Vgl. Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 585.

³⁰¹ Ausführlich Kußmaul/Steffan, DB 2000, S. 1849 ff.; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 560 ff.; vgl. auch MünchKomm/Breuer, InsO, § 223 Rn. 17; Gottwald/Braun, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 1 ff.; Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rn. 781; Wellensiek, NZI 2002, S. 233, 238 (dort als „*prepacked plan*“ bezeichnet).

³⁰² Dazu Riggert, WM 1998, S. 1521, 1523 ff.; zu den Abstimmungsgruppen vgl. 6. Kapitel B.III.3.b)(2) (b).

(a) Keine Beschränkung der Rechte gesicherter Gläubiger durch § 233 InsO

Die Verwertungsmöglichkeiten der Immobiliarsicherheitengläubiger werden allein durch die Vorlage eines Insolvenzplanes nicht weitergehend beschränkt als im Regelinsolvenzverfahren. Im Insolvenzplanverfahren ändert sich auch nichts an den Voraussetzungen der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung³⁰³. Eine besondere Rolle spielt hier aber die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 ZVG.

Die in § 233 InsO geregelte Aussetzung von Verwertungshandlungen betrifft nur die Verwertungen durch den Insolvenzverwalter³⁰⁴, so dass die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger unberührt bleiben. Der Regierungsentwurf sah noch einen zweiten Absatz (§ 277 Abs. 2 des Entwurfs) für diese Norm vor, der dem Insolvenzgericht die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der von Grundpfandgläubigern betriebenen Zwangsverwaltung einräumte. Grund hierfür war die Befürchtung, dass das Insolvenzplanverfahren durch die Weiterbetreibung der Zwangsversteigerung bzw. -verwaltung während des Planverfahrens durch die absonderungsberechtigten Gläubiger weitgehend ausgehöhlt würde³⁰⁵. Die Regelung wurde schließlich aus Gründen der Zuständigkeitsverlagerung für Entscheidungen über die einstweilige Einstellung zum Vollstreckungsgericht nicht in die Insolvenzordnung aufgenommen³⁰⁶.

Nach geltendem Recht ist wegen Systematik, Wortlaut und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift, der Ansicht zu folgen, die einen Eingriff in die Rechtsposition der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten durch § 233 InsO nicht ermöglicht sieht³⁰⁷. Allerdings zeigt sich hier erneut, dass die Verlagerung der Einstellungskompetenz vom Insolvenzgericht hin zum Vollstreckungsgericht mehr Reibungsfläche erzeugt hat als vom Gesetzgeber erwogen. Der Erfolg eines Insolvenzplanverfahrens steht und fällt mit dem Vorhandensein aller werthaltigen Massegegenstände, denn nur wenn deren Verwertung noch nicht stattgefunden hat, können die Beteiligten eine Reorganisation des Unternehmens in Angriff nehmen. Erstrebenswert wäre dafür aber ein Gleichlauf der Entscheidungen nach § 233 InsO und § 30 d ZVG. Nach der jetzigen Rechtslage bedarf es jedoch mehrerer inhaltlich weitgehend deckungsgleicher Anträge an verschiedene Gerichte. Die Entscheidung über diese Anträge kann dabei nicht nur zeit-

³⁰³ Vgl. hierzu im 6. Kapitel B.I.1.(a)(2) bzw. B.I.1.(b)(2).

³⁰⁴ Vgl. schon BT-Drucks. 12/2443, S. 204; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 99; wie hier wohl auch *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, § 223 Rn. 1.

³⁰⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 205.

³⁰⁶ BT-Drucks. 12/7302, S. 183; vgl. zu dieser Kompetenzverlagerung schon im 6. Kapitel B.I.1.a)(2)(c).

³⁰⁷ *FK/Jaffé*, InsO, § 233 Rn. 33 ff.; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 233 Rn. 12; *Braun*, InsO, § 233 Rn. 1; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 233 Rn. 3; *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 233 Rn. 2; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.441; *Obermüller*, WM 1998, S. 483, 485.

lich, sondern auch inhaltlich divergieren und die hiergegen möglichen Rechtsmittel sind überdies unterschiedlich ausgestaltet. Wäre dem Insolvenzgericht eine umfassende Entscheidungskompetenz eingeräumt worden, hätten all diese Probleme vermieden werden können.

(b) Bedeutung der Bildung von Abstimmungsgruppen

Der Bildung von Abstimmungsgruppen nach § 222 ZPO kommt innerhalb des gesamten Insolvenzverfahrens eine wesentliche Bedeutung zu. Denn die für die Annahme des Planes erforderliche Mehrheitsfindung erfolgt innerhalb dieser Gruppen. Nach den in § 222 InsO enthaltenen Kriterien findet die Gruppenbildung in zwei Stufen statt. Auf der ersten Stufe sind Gläubiger gleichartiger Rechtsstellung zwingend zusammenzufassen, auf der zweiten ist eine fakultative Feingliederung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten möglich. In den jeweiligen Gruppen sind grundsätzlich alle Gläubiger gleich zu behandeln (§ 226 Abs. 1 InsO).

Absonderungsberechtigte Gläubiger bilden zwingend eine eigene Gruppe, wenn durch den Insolvenzplan in ihre Rechte eingegriffen wird (§ 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger bilden daneben eine andere Gruppe. Hieran verdeutlicht sich die unterschiedliche Rechtsstellung der absonderungsberechtigten Gläubiger³⁰⁸. Gläubiger von Immobiliarsicherheiten, die wegen fehlender Werthaltigkeit ihrer Sicherheit und des ihnen persönlich haftenden Schuldners einen Forderungsausfall erwarten, sind in der Gruppe der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger nach § 222 Abs. 1 Nr. 2 InsO vertreten, da sie in dieser Hinsicht einfache Insolvenzgläubiger sind (§ 52 InsO). Ihre Forderungen werden mithin aufgespalten³⁰⁹.

Die Gruppe der absonderungsberechtigten Gläubiger kann nach § 222 Abs. 2 InsO nochmals in Untergruppen aufgefächert werden. Nahe liegend ist die Bildung einer eigenen Gruppe von Grundpfandgläubigern. Hierdurch wird eine Abgrenzung von den Gläubigern mit Absonderungsrechten an beweglichen Gegenständen ermöglicht³¹⁰. Eine weitere Aufteilung erscheint bei größeren Insolvenzverfahren angebracht, so sollte noch zwischen voll gesicherten Grund-

³⁰⁸ In der Praxis sind Insolvenzpläne, die für die nachrangigen Insolvenzgläubiger Bestimmungen enthalten, nicht zu erwarten, da es sich um wirtschaftlich wertlose Forderungen handelt. Aus diesem Grund wird es auch kaum zur Bildung von Gruppen mit nachrangigen Insolvenzgläubigern nach § 222 Abs. 1 Nr. 3 InsO kommen. Die Forderungen der nachrangigen Insolvenzgläubiger nach § 225 Abs. 1 InsO gelten bei einem Plan ohne Bestimmung hierzu als erlassen, so dass diese keine eigene Gruppe bilden (§ 222 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Sind absonderungsberechtigten Gläubiger nicht vorhanden, sind auch Insolvenzplanverfahren mit nur einer Gläubigergruppe zulässig (AG Duisburg NZI 2001, 605, 606; *Gottwald/Braun*, Insolvenzrechtshandbuch, § 67 Rn. 39 ff.)

³⁰⁹ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 598; vgl. auch *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, § 222 Rn. 20.

³¹⁰ *HK/Flessner*, InsO, § 222 Rn. 5; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 222 Rn. 16 f.; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, Rn. 5/54; *Obermüller*, WM 1998, S. 483, 487; vgl. auch *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 222 Rn. 61; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 222 Rn. 69; *Warrikoff*, KTS 1997, S. 527, 544.

pfandgläubigern und solchen, die einen Forderungsausfall befürchten, differenziert werden³¹¹. Weitergehende Unterscheidungen können noch anhand des Kriteriums der Poolgebundenheit von Gläubigern vorgenommen werden³¹².

Auch wenn die Gruppenbildung in Ahnlehnung an unterschiedliche Rechtspositionen erfolgt, kommt es nach § 222 Abs. 2 InsO auf die gleichartigen wirtschaftlichen Interessen zur Unterscheidung an. Dem Gesetzgeber zufolge sollten durch die Vorschrift des § 222 InsO alle Gläubiger mit gleicher Rechtsstellung im Plan derselben Gruppe zugewiesen und auch gleich behandelt werden. Sind unterschiedliche wirtschaftliche Interessen innerhalb einer Gruppe vorhanden, ist eine weitere Aufteilung denkbar, aber nicht zwingend³¹³. Daher können sich auch die rechtlichen Gemeinsamkeiten der Gläubiger der Untergruppen nach § 222 Abs. 2 InsO auf die Gesichtspunkte des § 222 Abs. 1 – 3 InsO (Absonderungsrecht, einfache Insolvenzforderung, nachrangige Insolvenzforderung) beschränken³¹⁴. Zusätzlich³¹⁵ zu der nach wirtschaftlichen Kriterien vorgenommenen Unterscheidung muss ein sachlicher Grund³¹⁶ im Sinne von § 222 Abs. 2 S. 2 InsO gegeben sein. Hierdurch wird eine Gruppenbildung verhindert, die ausschließlich zur Gewinnung von Gruppenmehrheiten i.S.v. § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO dienen soll³¹⁷. Nicht erforderlich ist jedoch eine weitergehende Übereinstimmung nach der rechtlichen Grundlage der angemeldeten Forderungen³¹⁸.

(3) Änderungen sachenrechtlicher Verhältnisse

Insolvenzpläne, die in die Rechtsposition von Grundpfandgläubigern eingreifen, sehen regelmäßig die Aufhebung oder inhaltliche Änderung von Immobiliarsicherheiten vor. Nach § 223 Abs. 2 InsO kann eine dahingehende schuldrechtliche Regelung ohnehin im Plan getroffen werden. Im Plan können auch Willenserklärungen, die eine Änderung der dinglichen Verhält-

³¹¹ Obermüller, WM 1998, S. 483, 487; ähnlich Kaltmeyer, ZInsO 1999, S. 255, 259. Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 596 gliedert die Gruppen noch feiner auf, so danach, ob Grundpfandrechte auf betriebsnotwendigen Grundstücken oder auf nicht betriebsnotwendigen Grundstücken, auf Industriegelände/Gewerbegebiete oder auf privat genutzten Grundstücken liegen.

³¹² Vgl. etwa das Beispiel bei Kußmaul/Steffan, DB 2000, S. 1849, 1851.

³¹³ BT- Drucks. 12/7302, S. 182.

³¹⁴ Missverständlich, aber wohl in dem hier vertretenen Sinne Nerlich/Römermann/Braun, InsO § 222 Rn. 7.

³¹⁵ Sachlicher Grund und gleichartiges wirtschaftliches Interesse sind zwei gleichberechtigte Voraussetzungen (MünchKomm/Eidenmüller, InsO, § 222 Rn. 70; vgl. auch HK/Flessner, InsO, § 222 Rn. 13; Kübler/Pritting/Otte, InsO, § 222 Rn. 7 f.)

³¹⁶ Vgl. die Auflistung der in Betracht kommenden Gründe bei Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 222 Rn. 19 ff.

³¹⁷ Zum zulässigen Rahmen der taktischen Erwägungen bei der Gruppenbildung vgl. im 6. Kapitel B.III.4.b)(1).

³¹⁸ Wie hier: Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 222 Rn. 35 ff.; Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 222 Rn. 34 ff. u. insb. Rn. 47 ff.; Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 222 Rn. 31 f.; Riggert, WM 1998, S. 1521, 1522; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 101; a.A. Smid, InVO 1997, S. 169, 175 ff. – Freilich ist eine Differenzierung (auch) nach rechtlichen Gesichtspunkten nicht schädlich, sondern regelmäßig durchaus sinnvoll (vgl. etwa Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 222 Rn. 62 ff.)

nisse bewirken, wegen § 228 InsO aufgenommen werden³¹⁹. Die im Plan enthaltenen Willenserklärungen gelten bei rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplanes durch das Gericht (§ 248 InsO) als abgegeben (§ 254 Abs. 1 S.1 InsO).

Somit wird über §§ 228, 254 Abs. 1 S. 2 InsO vermieden, dass die für dingliche Rechtsgeschäfte erforderlichen Willenserklärungen ein weiteres Mal abgegeben werden müssen. Dies sichert zum einen, dass die Regelungen des Insolvenzplanes auch tatsächlich vollzogen werden, zum anderen aber auch Kosten und Zeit gespart werden. Dies ist gerade im Zusammenhang mit notariellen Beurkundungen, wie etwa bei der Freigabe von Grundschulden, von Bedeutung. Sind im Grundbuch eingetragene Rechte an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Recht betroffen, ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass diese Rechte so genau zu bezeichnen sind, dass die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch vollziehbar ist (§ 228 S. 2 InsO). Dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz ist, trotz der Aufnehmbarkeit der Einigung in den Insolvenzplan, Rechnung zu tragen³²⁰.

Darüber hinaus ist die Eintragung im Grundbuch notwendig, weil diese durch keine Planregelung ersetzt werden kann³²¹. Eine Beschleunigung kann aber dadurch erreicht werden, dass im Plan die wegen § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung des Gläubigers integriert ist. Der mit dem Rechtskraftvermerk versehene Plan stellt in diesem Fall den Bestätigungsnachweis nach § 29 BGO dar³²². Nach vorzugswürdiger Ansicht kann auch der Eintragungsantrag bereits in den Insolvenzplan aufgenommen werden³²³. Obwohl dieser lediglich eine Verfahrenshandlung und keine Willenserklärung ist³²⁴, bedarf es einer nicht zu eng am Wortlaut orientierten Auslegung der §§ 228, 254 InsO. Denn nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift sollen grundstücksbezogene Änderungen beschleunigt werden, indem der Insolvenzplan so weit wie möglich als deren Grundlage herangezogen wird. Ein sachlicher Grund, warum zwar die Eintragungsbewilligung, nicht aber auch der Eintragungsantrag in den Plan aufgenommen werden können soll, so dass ein nicht unerheblicher Teil des Anwendungsbereiches von § 228

³¹⁹ Das ist nicht zwingend notwendig. Beispielsweise können sich die Planbeteiligten mit der rein schuldrechtlichen Regelung begnügen, dass Grundpfandrechte freigegeben werden, sobald die Grundpfandgläubiger in einer bestimmten Höhe befriedigt worden sind (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 202).

³²⁰ *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 228 Rn. 6.

³²¹ Dies gilt im Übrigen allgemein für alle zusätzlichen (tatsächlichen) Voraussetzungen, die stets gesondert zu erfüllen sind; es muss also etwa eine bewegliche Sache auch tatsächlich übergeben werden (BT-Drucks. 12/2443, S. 202).

³²² *Obermüller*, WM 1998, S. 843, 849; *ders.*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.479.

³²³ *Bork*, in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 51, 52 (in Fn. 6); *HK/Flessner*, InsO, § 228 Rn. 6, MünchKomm/Breuer, InsO, § 228 Rn. 7; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 102; im Ergebnis wohl auch *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 228 Rn. 9; a.A. *Schiessler*, Insolvenzplan, S. 112; *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, § 228 Rn. 7; *Braun*, InsO, § 228 Rn. 3 – Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/243, S. 202; diese bloß wiederholend *Smid/Rattunde*, InsO, § 228 Rn. 4) ist die Eintragung nach rechtskräftiger Bestätigung des Planes zu beantragen.

³²⁴ RGZ 54, 378, 384; OLG Düsseldorf NJW 1956, S. 876, 877; *Demharter*, GBO, § 13 Rn. 7.

InsO beschnitten würde, ist nicht ersichtlich³²⁵. Würde § 228 InsO aber so verstanden werden, würde dies von der grundbuchrechtlichen Praxis abweichen, da dort die als Antrag benannten Erklärungen ohnehin gemischte Anträge darstellen, die zugleich Eintragungsbewilligungen, Zustimmungserklärungen, Aufgabeerklärungen oder Rangbestimmungen umfassen können³²⁶.

Zu differenzieren ist zwischen dem Antrag auf Eintragung und dessen Übermittlung an das Grundbuchamt³²⁷. Das Insolvenzgericht hat von Amts wegen einen mit Rechtskraftvermerk versehenen Insolvenzplan an das Grundbuchamt weiterzuleiten, was zum einen aus verfahrensökonomischer Sicht am sinnvollsten ist³²⁸ und zum anderen sicherstellt, dass der Antrag beim Grundbuchamt nicht vor der Planbestätigung durch das Insolvenzgericht eingeht³²⁹.

Bei § 228 InsO handelt es sich um eine Vorschrift rein technischer Art. Sie bringt in verfahrensrechtlicher Hinsicht die innerhalb des Insolvenzplanverfahrens gegebenen Möglichkeiten mit den Anforderungen, die sich aus dem Abstraktionsprinzip ergeben, in Einklang. In der Vorschrift des § 228 InsO allein ist daher keine eigenständige Gefährdung der Rechtsstellung von Immobiliargläubigern zu sehen³³⁰.

(4) Regelungen im Plan für Kredite nach Abschluss des Verfahrens

Nach § 264 InsO können im gestaltenden Teil des Insolvenzplanes besondere Regelungen zur Kreditvergabe nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (sog. Plafondkredite³³¹) enthalten sein. Gläubiger werden in dieser Situation kaum bereit sein, neue Kredite zu gewähren. Denn als Altgläubiger mussten sie erst kurz zuvor finanzielle Verluste einstecken bzw. wird auch für Neugläubiger die finanzielle Lage des reorganisierten Unternehmens zu instabil sein³³². Hinzu kommt, dass solche Unternehmen regelmäßig über keine unbelastete Vermögensgegenstände von erheblichem Umfang verfügen³³³. Dass ein Kredit ohne Sicherheit gewährt

³²⁵ HK/Flessner, InsO, § 228 Rn. 6.

³²⁶ Wilke, in: Bauer/von Oefele, GBO, § 13 Rn. 21.

³²⁷ HK/Flessner, InsO, § 228 Rn. 6, 11.

³²⁸ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 103; so auch Kübler/Pritting/Otte, InsO, § 228 Rn. 4; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 228 Rn. 11; a.A. HK/Flessner, InsO, § 228 Rn. 11: Antragsteller, Planverfasser oder Insolvenzverwalter.

³²⁹ Ein solches Verständnis des Verfahrensablaufs harmonisiert auch mit der Auffassung der Gesetzesverfasser, denn „gestellt“ ist der Antrag erst mit dem Eingang beim Grundbuchamt, vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 GBO; Demharter/Bork, GBO, § 13 Rn. 23; Wilke, in: Bauer/von Oefele, GBO, § 13 Rn. 75 ff.; zur möglichen „Doppelnatur des Antrags“ RGZ 54, 378, 384 f.

³³⁰ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 103.

³³¹ Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 264 Rn. 1; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1691 ff.

³³² Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zu Leitsatz 2.3.8 (S. 214).

³³³ FK/Jaffé, InsO, § 264 Rn. 4 – Haben Immobiliarpfandgläubiger auf Teile ihrer Sicherheiten verzichtet, um hierdurch Sicherheiten für Neukreditgläubiger zu schaffen, kommt die Übertragung der Immobiliarsicherheit als Ganzes auf einen Treuhänder in Betracht. Für den Neukreditgläubiger kann auf diese Weise nämlich eine nachrangige Sicherheit bestellt werden (vgl. Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S.

wird, ist zum einen ohnehin selten und zum anderen bei einem Unternehmen, das gerade erst eine Krise überwunden hat, kaum vorstellbar³³⁴.

Der Insolvenzplan kann demzufolge eine Regelung enthalten (§ 264 InsO), die die Nachrangigkeit von Insolvenzgläubigern gegenüber Gläubigern bestimmt, die in der Zeit nach Verfahrensbeendigung bis zur Grenze des festgelegten Kreditrahmens und den weiteren Modalitäten in § 264 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 InsO entsprechend neue Kredite vergeben. Die Vorschrift § 264 InsO, die im Abschnitt der Planüberwachung angesiedelt ist, spielt aus diesem Grund nur eine geringe Rolle im anhängigen Insolvenzverfahren. Von Bedeutung ist sie vielmehr für ein Folgeverfahren, sofern es nach § 266 Abs. 1 InsO zur Eröffnung eines solchen im Zeitraum der Überwachung der Planerfüllung (§§ 260, 268 InsO) kommt.

Eine Bestimmung im Insolvenzplan nach § 264 InsO lässt die Position der Grundpfandgläubiger aber unberührt, denn bereits bestehende Absonderungsrechte werden von der nach dem Insolvenzplan maßgeblichen Rangfolge in einem zweiten Insolvenzverfahren nicht beeinträchtigt³³⁵. Sieht der Plan auch sonst keine Modifikationen dieser Rechte vor, gilt auch hier der Grundsatz des § 223 Abs. 1 InsO – unabhängig von den Rechtsfolgen nach § 264 InsO. Daher wird das Recht auf Befriedigung aus den mit Absonderungsrechten behafteten Gegenständen durch den Insolvenzplan nicht berührt. Dem Gläubiger einer Immobiliarsicherheit steht somit auch im Folgeverfahren die Möglichkeit der Verwertung nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 49, 165 InsO) zur Verfügung. Absonderungsberechtigte Gläubiger, die allerdings auch Insolvenzgläubiger gemäß § 52 InsO sind, werden in Höhe ihrer Ausfallforderung nachrangige Gläubiger im Folgeverfahren. Ihre Interessen werden aber nach Maßgabe der §§ 224, 226, 245, 251 InsO hinreichend berücksichtigt, da sie im Erstverfahren aufgrund ihrer Stellung als einfache Insolvenzgläubiger zwingend eine Abstimmungsgruppe nach § 222 Abs. 1 Nr. 2 InsO bilden.

4. Annahme des Insolvenzplanes durch die Gläubiger

Die Gruppenbildung spielt für die Planinitiative in Anbetracht der nach § 244 InsO erforderlichen Annahme des Insolvenzplanes durch die Gläubiger eine wesentliche strategische Rol-

588 f.; Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 264 Rn. 9). Eine ähnliche Tendenz verfolgt das Konzept, die Sicherheiten dem Insolvenzverwalter zu bestellen (vgl. Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 255 Rn. 17).

³³⁴ Schiessler, Insolvenzplan, S. 221; Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 264 Rn. 1; Wittig, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1703; BT-Drucks. 12/2443, S. 216.

³³⁵ HK/Flessner, InsO, § 264 Rn. 10; FK/Jaffé, InsO, § 264 Rn. 55 a; Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 264 Rn. 10; Smid/Rattunde, InsO, § 264 Rn. 6 f.; Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 264 Rn. 29 f.; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 264 Rn. 10 f.; Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 264 Rn. 12; Frank, Die Überwachung der Insolvenzplanerfüllung, Rn. 389 ff.; ausführlich mit Begründung Braun, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1137, Rn. 34 ff.; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 647 ff.

le³³⁶. Die Abstimmungsergebnisse sind nämlich zwangsläufig davon abhängig, welche Gläubiger in einer Gruppe vertreten sind³³⁷. Dennoch sollten Strategien zur Gruppenbildung nicht überbewertet werden, da sie letztlich nur mittelbar Einfluss auf die Abstimmung über den Insolvenzplan haben.

a) Abstimmungsverfahren und erforderliche Mehrheiten

Ob ein Insolvenzplan von den Gläubigern angenommen wird, beurteilt sich nach §§ 243, 244 InsO. So stimmt nach § 243 InsO jede Gruppe gesondert über den Plan ab und die Annahme des Insolvenzplanes erfordert die Zustimmung jeder Gruppe, wobei sich diese nach den Kopf- und Summenmehrheitserfordernissen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO richtet. Zwischen den einzelnen Gruppenmehrheitswillen muss³³⁸ Einstimmigkeit³³⁹ vorhanden sein, nur innerhalb einer Gruppe können Mehrheitsentscheidungen getroffen werden. Gläubiger von Immobiliarsicherheiten haben daher vorerst keinen Eingriff in ihre Rechtstellung durch den Insolvenzplan zu erwarten, wenn ihre Gruppe mehrheitlich gegen den Plan gestimmt hat. Das Stimmrecht der Grundpfandrechtsgläubiger richtet sich im Übrigen nach § 238 i.V.m. § 77 InsO, weshalb es darauf ankommt, ob ihre Rechte bestritten werden oder nicht.

Das Abstimmungsergebnis der jeweiligen Gruppen ist damit noch nicht endgültig. So bedeutet zwar die Zustimmung aller Gruppen die definitive Annahme des Planes durch die Gläubiger, der Plan ist jedoch noch durch das Insolvenzgericht zu bestätigen, was am Minderheitenschutz des § 251 InsO scheitern kann. Darüber hinaus hat die Zustimmungsversagung durch eine oder mehrere Gruppen nicht zwingend die gescheiterte Annahme des Insolvenzplanes zur Folge, da die verweigerte Zustimmung über das in § 245 geregelte „Obstruktionsverbot“³⁴⁰ überwunden werden könnte.

³³⁶ Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 222 Rn. 22 ff.; Riggert, WM 1998, 1521, 1523 ff.

³³⁷ Taktische Überlegungen kommen auch in kleineren Verfahren mit schlanken Insolvenzplänen, die nur die vom Gesetz vorgeschriebenen Gläubigergruppen nach § 222 Abs. 1 InsO beinhalten, in Betracht. Wird für die nachrangigen Insolvenzgläubiger keine eigene Abstimmungsgruppe gebildet, was die Regel ist, kann § 254 InsO nicht zur Anwendung kommen, wenn eine der beiden Gruppen nach § 222 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO dem Plan nicht zustimmt. Eine Mehrheit von Gruppen im Sinne von § 254 Abs. 1 Nr. 3 liegt dann nämlich nicht vor (vgl. auch HK/Flessner, InsO, § 245 Rn. 6). Der Planinitiator wird daher die Bildung einer eigenen Gruppe für die nachrangigen Gläubiger nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Erwägung ziehen. Da auf diese im Regelinsolvenzverfahren eine Quote nicht entfallen würde, kann er sich ihrer Zustimmung sicher sein. Eine Gruppenmehrheit wäre daher erreicht, wenn diese Gläubiger zustimmen bzw. ihre Zustimmung nach § 246 Nr. 1 InsO als erteilt gilt.

³³⁸ Smid, InVo 1997, 169, 171 bzw. auch Smid, InVo 2000, S. 1, 3 berücksichtigt dies allerdings nicht ausreichend bei dem von ihm gewählten Beispiel vom Ausschalten der Majorität durch Minorität.

³³⁹ Die Zustimmung aller Gruppen, also Einhelligkeit ist aber wegen § 246 Nr. 3 InsO nicht notwendig.

³⁴⁰ Dieser Begriff wurde von Karsten Schmidt, Gutachten zum 54. DJT, S. 89 geprägt.

b) Obstruktionsverbot nach § 245 InsO

Wurden die erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht, gilt die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe nach § 245 InsO dennoch als erteilt, wenn die Gläubigergruppe durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter als ohne Plan stünde (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO), sie angemessen an dem wirtschaftlichen Mehrwert durch das Planverfahren beteiligt wird (§ 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und außerdem die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat (§ 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO).

Auch wenn sich die Vorschriften § 245 und § 251 InsO in ihren materiellen Voraussetzungen bezüglich des Schlechterstellungsverbots ähneln, so verschieden sind sie doch in ihrem Regelungsgehalt. Nach § 251 kann auf Antrag eines Gläubigers die gerichtliche Bestätigung des Planes – trotz Annahme durch die Gläubiger – versagt werden. § 245 InsO geht hingegen in die andere Richtung. Denn durch § 245 InsO soll die Annahme des Insolvenzplanes im Sinne von § 248 InsO auch ohne Zustimmung aller Gläubigergruppen ermöglicht werden. Unter den Voraussetzungen dieser Norm wird die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe fingiert. Die fehlende Zustimmung wird hier aber nicht etwa wie in § 309 InsO durch das Insolvenzgericht ersetzt, sondern nur festgestellt. Das Insolvenzgericht wird daher nicht gestaltend tätig, sondern trifft nur eine feststellende Entscheidung³⁴¹.

Inwiefern das Gericht in die Prüfung der Voraussetzungen von § 245 InsO involviert ist, lässt sich nicht anhand des Wortlauts dieser Norm klären³⁴². Erst aus § 248 InsO wird ersichtlich, dass der Insolvenzplan von Amts wegen³⁴³ vom Insolvenzgericht bestätigt wird³⁴⁴. Dies setzt jedoch die Annahme des Insolvenzplanes durch die Gläubiger nach § 244 InsO voraus. Wurde der Plan wegen einer fehlenden Zustimmung nicht angenommen, ist eine gerichtliche Bestätigung nur möglich, wenn die fehlende Zustimmung fingiert wird, sie somit unbeachtlich ist³⁴⁵. Das Insolvenzgericht stellt bei seiner Entscheidung nach § 248 InsO inzident – und nicht etwa auch von Amts wegen³⁴⁶ – fest, ob die Voraussetzungen des § 245 InsO gegeben waren³⁴⁷.

³⁴¹ Vgl. dazu unter Minderheitenschutz des § 251 InsO im 6. Kapitel B.III. 5. b).

³⁴² Kritisch insofern *Schiessler*, Insolvenzplan, S. 177 f.

³⁴³ Vgl. BT-Drucks. 12/2553, S. 210 f.; *Grub*, FS Uhlenbruck, S. 501, 506; unrichtig *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 RN. 66; *Smid*, InVo 1996, S. 314, 319 f.

³⁴⁴ Mehrdeutige Stellungnahmen in der Literatur (vgl. unter anderem Nachweise in der übernächsten Fn.) mögen durch folgenden Hinweis deutlicher werden: das Insolvenzplanverfahren beginnt durch die Einreichung eines Insolvenzplanes beim Insolvenzgericht. Darin liegt gleichsam der Antrag auf Durchführung dieses Verfahrens. Dies zu betreiben ist fortan Aufgabe des Insolvenzgerichts. Alle weiteren Schritte erfolgen also von Amts wegen; es bedarf keines neuen Antrags, etwa gerichtet auf Einberufung eines Erörterungs- und Abstimmungstermins, auf Bestätigung des Planes etc.

³⁴⁵ Die Zustimmung nachrangiger Insolvenzgläubiger wird über § 246 InsO im Regelfall fingiert.

³⁴⁶ *Warrikoff*, KTS 1997, S. 527, 549; *Hess/Weis*, WM 1998, S. 2349, 2360; *Eidenmüller*, NJW 1999, S. 1837, 1838 (vgl. dort auch Fn. 9); *MünchKomm/Sinz*, InsO, § 245 Rn. 7; *Weisemann/Holz*, in: Handbuch der Unternehmensinsolvenz, Kap. 15 Rn. 130; a.A. *Smid*, InVo 1996, 314, 319 f.; jedenfalls mißverständlich

Damit das Gericht hierüber entscheiden kann, muss der Insolvenzplan selbst die erforderlichen Informationen hierzu liefern³⁴⁸. Auch wenn insofern der Amtsermittlungsgrundsatz des § 5 Abs. 1 InsO uneingeschränkt gilt³⁴⁹, hat dies nicht zur Folge, dass das Gericht von sich aus weitere Nachforschungen, etwa zu einer möglichen Schlechterstellung, anstellen müsste³⁵⁰. Da das Insolvenzgericht nicht von der Annahme des Insolvenzplanes ausgehen kann³⁵¹, ist bei fehlenden Informationen zur Unbeachtlichkeit der verweigerten Zustimmung zum Insolvenzplan nach § 245 InsO, dem Plan die gerichtliche Bestätigung nach § 248 InsO zwingend zu versagen.

(1) Erfordernis der Gruppenmehrheit

Die Bildung von Gruppenmehrheiten³⁵², die dem Plan zustimmen, hat nur indirekte Auswirkungen auf die Planannahme, was sich am Obstruktionsverbot in § 245 InsO zeigt. Damit die Zustimmung einer anderen Abstimmungsgruppe als erteilt gelten kann, muss nach § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO unter anderem die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt haben³⁵³. Andernfalls ist der Plan endgültig gescheitert. Werden zu viele und eventuell zu kleine Abstimmungsgruppen gebildet, denen Gläubiger angehören, die den Plan ablehnen, kann sich dies unter strategischen Gesichtspunkten für denjenigen, der den Plan angeregt hat, durchaus als kontraproduktiv erweisen³⁵⁴. Dennoch können durch eine entsprechende Aufteilung der Gruppen Abstimmungsergebnisse erzielt werden, mit denen eine Gruppenmehrheit im Sinne von § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO erreicht wird.

Da die Abstimmungsergebnisse für den Planinitiator gut kalkulierbar sind³⁵⁵, kann die Gruppenbildung taktischen Überlegungen folgen. Dies ist auch legitim, denn der Gesetzgeber legte für die Gruppenbildung nur die Kriterien des gleichen wirtschaftlichen Interesses und der

Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 245 Rn. 32 gegen § 251 Rn. 6; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 624.

³⁴⁷ BT-Drucks. 12/7302, S. 184; Braun, InsO, § 248 Rn. 3 – Dass der Wille des Gesetzgebers für eine Prüfung der Voraussetzungen des § 245 InsO von Amts wegen spricht, räumt auch Smid, ZInsO 1998, S. 347 ein.

³⁴⁸ Vgl. Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6470; Maus, in: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1621; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 613.

³⁴⁹ Grub, FS Uhlenbruck, S. 501, 506; Hess/Weis, WM 1998, S. 2349, 2360; Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 245 Rn. 34 (in Fn. 3); vgl. hingegen Smid, InVo 1996, S. 314, 319 f.

³⁵⁰ Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 245 Rn. 34 (Fn. 3); Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 245 Rn. 66; ähnlich auch Eidenmüller, NJW 1999, 1839, 1838 (in Fn.); ausführlich zu den Einschränkungen des Amtsermittlungsgrundsatzes im Insolvenzplanverfahren Gottwald/Braun, Insolvenzrechts-Handbuch, § 66 Rn. 21 ff.

³⁵¹ Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 245 Rn. 66.

³⁵² Vgl. die Ausführungen im 6. Kapitel B.III.4.a)(1).

³⁵³ Das erklärt, dass die Zustimmung aller Gläubigergruppen erforderlich ist, wenn es nur eine einzige (AG Duisburg NZI 2000, 605) oder nur zwei gibt.

³⁵⁴ Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 222 Rn. 50; Riggert, WM 1998, S. 1521, 1524; vgl. auch Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 222 Rn. 24 f.

³⁵⁵ Vgl. Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 931 ff. (Rn. 96).

Sachgerechtigkeit fest. Unter Heranziehung des Gesetzgebungsverfahrens wird deutlich, dass strategische Erwägungen durchaus mit den gesetzgeberischen Vorstellungen konform gehen. Denn das Leitmotiv für die Verweigerung der Zustimmung in § 245 InsO ist der „vernünftige Grund“³⁵⁶. Mehrheitsentscheidungen sind zudem von eher geringer Relevanz. Dies zeigt sich insbesondere an § 290 des Regierungsentwurfs, wonach für den Plan die Zustimmung von nur einer Gruppe ausreichend war. Der Gesetzgeber erachtete dies jedoch als nicht tragfähig für eine Überstimmung der anderen Gruppen³⁵⁷, weshalb das Gruppenmehrheitserfordernis eingefügt wurde. Hieran wird deutlich, dass die Gruppenmehrheit zwar nötig, aber auch hinreichendes Ausmaß an Mehrheitslegitimation ist. Eine Gruppenbildung, die § 222 InsO gerecht wird, ist daher auch im Hinblick auf § 245 InsO nicht weiter einzuschränken³⁵⁸.

Darüber hinaus stellt die Gruppenmehrheit bei § 245 InsO nur eine von drei kumulativen³⁵⁹ Voraussetzungen dar. Letztlich sind daher die zu vermeidende Schlechterstellung und die angemessene Beteiligung maßgeblich für die materielle Berechtigung, die mehrheitliche Ablehnung einer Gruppe über § 245 InsO zu überwinden. Es kommt daher nicht auf die Zustimmung der Gläubiger, die andere rechtliche und ggf. wirtschaftliche Interessen verfolgen, an. Strategische Überlegung verlieren somit hinsichtlich § 245 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO bei der Bildung von Abstimmungsgruppen an Relevanz, da eine Strategie, die diese Norm verletzt, keinen Erfolg haben kann³⁶⁰.

(2) Verbot der Schlechterstellung

Von besonderer Bedeutung für die Position der durch Grundpfandrechte gesicherten Gläubiger ist das Verbot der Schlechterstellung in § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Es wird ein Vergleich gezogen, in dem die im Insolvenzplan vorgesehene Stellung des Grundpfandgläubigers mit

³⁵⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 208.

³⁵⁷ BT-Drucks. 12/7302, S. 184. Ersichtlich wird hieraus jedoch auch nicht, weshalb Mehrheitserfordernisse überhaupt eine Rolle spielen, wenn doch im Übrigen nur ein „vernünftiger Grund“ für eine Verweigerung verlangt wird (ebenfalls Kritik an der derzeitigen Fassung von § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO üabend *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 2).

³⁵⁸ Die von *Smid*, InVo 1996, S. 314, 319; *ders.*, InVo 2000, S. 1, 3 bzw. *Smid/Rattunde*, InsO, § 245 Rn. 25, vertretene Ansicht, § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO bedarf einer Ergänzung um das Tatbestandsmerkmal „Mehrheit der Gläubiger im Sinne von § 76 Abs. 2 InsO“, ist daher abzulehnen. Denn eine derartige Einschränkung lässt sich weder aus Wortlaut, Systematik noch Entstehungsgeschichte herleiten. Darüber hinaus ist kein rechtspolitisches Bedürfnis hierfür erkennbar. Vgl. dazu auch *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 108 und *Bork*, in: *Insolvenzrecht* 1998, S. 111, 121.

³⁵⁹ BT-Drucks. 12/2443; S. 208 f.; OLG Köln NZI 2001, 660; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 245 Rn. 2; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 5; *Häsemeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der Insolvenz, Rn. 9/85.

³⁶⁰ *MünchKomm/Drukarczyk*, InsO, § 245 Rn. 9.

der ohne Plan verglichen wird, wobei sich letztere nach dem konkret zu erwartenden Erlös im Regelinsolvenzverfahren richtet³⁶¹.

Ein derartiger Vergleich kann allerdings nur prognostischen Charakter haben³⁶². Die Entscheidung des Insolvenzgerichts wird hierbei nicht mithilfe betriebswirtschaftlicher Methoden gefunden, und auch ein Sachverständigengutachten ist nicht in jedem Fall erforderlich³⁶³. Vergleichswert ist der in einem Regelinsolvenzverfahren voraussichtlich erzielte Wert. Für die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten kann allerdings die Problematik, ob nun ausschließlich auf den Liquidationswert³⁶⁴ oder aber auf den nach einer im Regelinsolvenzverfahren möglichen³⁶⁵ übertragenden oder investiven Sanierung des Schuldners³⁶⁶ erzielten Wert abzustellen ist, an dieser Stelle vernachlässigt werden. Festgehalten werden soll dennoch, dass grundsätzlich der Wertansatz nach Liquidationsgesichtspunkten maßgeblich ist³⁶⁷, da der Wertansatz anderer Abwicklungsformen nur vereinzelt sinnvoll erscheint³⁶⁸. So etwa wenn für den Gläubiger eine höhere Befriedigung und damit eine Besserstellung erzielt werden kann bzw. konkrete Anhaltspunkte für die Realisierbarkeit einer übertragenden oder investiven Sanierung bestehen³⁶⁹.

³⁶¹ *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 7; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 59 ff. gibt einen Überblick zur an einem solchen Vergleich geübten Kritik: Überlastung der Gerichte, Haftungsgefahr seitens des Insolvenzgerichts, Verfahrensverzögerungen, Schwerfälligkeit Kostenexplosion, Manipulationsmöglichkeiten, etc.

³⁶² BT-Drucks. 14/120, S. 14, was sich auch daran zeigt, dass die Änderungen der Insolvenzordnung erst kurz vor deren Inkrafttreten erfolgten. – Die wirtschaftlichen Prüfung deutlich kritisierend: *Smid/Rattunde*, InsO, § 245 Rn. 12 f.; *Eidenmüller*, NJW 1999, S. 1837 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 28.39, der sogar eine nur „voraussichtliche“ Schlechterstellung als den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügend erachtet. Missverständlich ist jedoch die Forderung an die Praxis, die „reale Vermögens- und Haftungsabwicklung nach den gesetzlichen Vorschriften“ vorzuziehen, da auch §§ 217 ff. InsO „gesetzliche Vorschriften“ sind.

³⁶³ LG Traunstein NZI 1999, 461, 463; *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 245 Rn. 13; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 109; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, Rn. 5/82; vgl. auch BT-Drucks. 14/120, S. 14 – Teilweise wird in der Literatur die Einholung eines Sachverständigengutachtens empfohlen: *MünchKomm/Sinz*, InsO, § 251 Rn. 17; *Eidenmüller*, NJW 1999, S. 1837, 1838; vgl. auch *Maus*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 931 ff. (Rn. 100); auf die entstehenden Kosten hinweisend: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, Rn. 9/84.

³⁶⁴ *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.467; *Grub*, FS. Uhlenbruck, S. 501, 506; ungenau *MünchKomm/Drukarczyk*, InsO, § 254 Rn. 8 f. gegen Rn. 49 ff.

³⁶⁵ *HK/Flessner*, InsO, § 245 Rn. 9 ff.; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 7; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 7; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 1 KO Anm. 2 D b) zum überkommenen Recht.

³⁶⁶ Aus betriebswirtschaftlicher Sicht hierzu *Hermanns/Buth*, DStR 1997, S. 1178 ff. – Vgl. zu den Unterschieden auch im 6. Kapitel unter B. III.1.

³⁶⁷ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 110.

³⁶⁸ BT-Drucks. 12/2444, S. 211.

³⁶⁹ *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 7; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 7; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 612; *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, § 245 Rn. 13 ff.; *MünchKomm/Drukarczyk*, InsO, § 245 Rn. 50; *Gottwald/Braun*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 67 f. – Hiermit ist aber noch immer nicht die Frage nach dem richtigen Wertansatz endgültig beantwortet. Zur Rolle von Ertragswert, Substanzwert etc. vgl. *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 8 ff.; *Kaltmeyer*, ZInsO 1999, S. 316, 317; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rn. 808.

Für Gläubiger von Immobiliarsicherheiten ist die Erstellung der Prognose wesentlich leichter, da sowohl der Wert ohne Insolvenzplan als auch der Wert mit Plan mit festen Bezugsgrößen verbunden sind.

(a) Wertermittlung ohne Plan

Eine ganz wesentliche Rolle spielt hierbei die Werthaltigkeit der bestellten Sicherheiten³⁷⁰. Entscheidend ist der nach § 74 a ZVG ermittelte Verkehrswert³⁷¹. Die Position eines Grundpfandgläubigers, der auch bei der Zerschlagung des schuldnerischen Unternehmens mit der vollen Befriedigung rechnen kann, weil er mit seiner Forderung nicht ausfällt, ist wirtschaftlich betrachtet unantastbar. Das Insolvenzgericht wird daher die Bestätigung eines Insolvenzplanes verweigern, wenn darin eine Regelung enthalten ist, die in diese Position eingreift, weil sie gegen § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO verstößt.

Gleiches gilt aber nicht für die rechtliche Position des Gläubigers einer Immobiliarsicherheit. Ist nämlich die wirtschaftliche Vollkompensation eines absonderungsberechtigten Gläubigers gewährleistet, hat er einen Eingriff in seine insolvenzrechtlich relevante Rechtsstellung zu dulden. Denn § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO bedarf in dieser Hinsicht einer Einschränkung. Es sind nicht alle Interessen der gesicherten Gläubiger einzubeziehen. Berücksichtigung findet allein das geldwerthaltige³⁷², also das wirtschaftliche Interesse³⁷³.

Aus diesem Grund wäre eine Schlechterstellung von grundpfandrechtslich gesicherten Gläubigern auch dann nicht gegeben, wenn sie im Vergleich zu einem Regelinsolvenzverfahren zwar schlechter durch den Insolvenzplan stehen, aber immerhin noch genauso gut wie ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens³⁷⁴. Für eine solche Auslegung kann zwar der Wortlaut der Vorschrift herangezogen werden, denn ein Gläubiger stünde auch dann „ohne einen Plan“, wenn ein Insolvenzverfahren gerade nicht durchgeführt wird. Allerdings ist aus Gründen der Systematik eine derart weite Auslegung abzulehnen, so dass unter einer Situation „ohne einen Plan“ nur das Regelinsolvenzverfahren verstanden werden kann³⁷⁵. Die oben vertretene Auffassung ist daher über eine teleologische Reduktion von § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO dogmatisch

³⁷⁰ Grub, FS Uhlenbruck, S. 501, 505; vgl. daher auch den Vorschlag im 6. Kapitel B.III.3.b)(2)(b), bei der Gruppenbildung zwischen voll und nicht voll gesicherten Gläubigern zu differenzieren.

³⁷¹ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 6.470. – Zur Ermittlung des Verkehrswertes vgl. im 6. Kapitel B.II.3.

³⁷² Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 245 Rn. 6; Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 245 Rn. 38; Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 931 ff. (Rn. 99).

³⁷³ Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 245 Rn. 3 ff.; Braun, InsO, § 245 Rn. 3.

³⁷⁴ AG Mühlendorf am Inn NZI 1999, 422; LG Traunstein NZI 1999, 473, 476; Gottwald/Braun, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 64.

³⁷⁵ In diese Richtung wohl HK/Flessner, InsO, § 245 Rn. 7.

zu begründen³⁷⁶. Durch das Verbot der Schlechterstellung sollen Entscheidungen gegen den Insolvenzplan von Gläubigern, die „vernünftige Gründe“³⁷⁷ hierfür vorbringen, respektiert werden. Wird ein rechtlicher Nachteil aber wirtschaftlich³⁷⁸ komplett ausgeglichen, liegt ein vernünftiger Grund nicht vor. Aus der Insolvenzordnung ergibt sich daher kein Anspruch für Gläubiger auf volle Befriedigung nach den im Regelinsolvenzverfahren bestehenden Verwertungsmöglichkeiten, wenn sie bereits nach den ursprünglichen vertraglichen Beziehungen zum Schuldner voll befriedigt werden. Denn in § 1 InsO mag zwar das Verfahrensziel der Gläubigerbefriedigung aufgestellt sein, jedoch ist darin nur eine Verfahrensgarantie hinsichtlich der Zielsetzung, nicht aber auch bezüglich der Zielverwirklichung zu sehen.

Für absonderungsberechtigte Gläubiger birgt diese Sichtweise von § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO im Insolvenzplanverfahren ein gewisses Gefährdungspotential, auch wenn dies wirtschaftlich betrachtet irrelevant sein mag. So besteht die Möglichkeit, dass den Gläubigern – anders etwa als bei einer Verwertung der Sicherheiten im Regelinsolvenzverfahren, wo alle fälligen Forderungen befriedigt werden – eine Prolongation ihres Kredits zumindest in Höhe der Sicherheiten aufgedrängt wird. Ein Schlechterstellung nach § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist daher in dem Fall zu verneinen, wenn die grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger durch den Plan genauso gestellt werden, wie sie auch ohne Insolvenzverfahren stünden, d.h. wenn alle Vertragskonditionen festgeschrieben, die jeweils fälligen Raten sowie Zinsen entsprechend den ursprünglichen Vereinbarungen gezahlt und die Sicherheiten als solche unberührt bleiben³⁷⁹.

Diese Prinzipien gelten allerdings für Gläubiger mit nur zum Teil werthaltigen Sicherheiten nur soweit, wie die jeweilige Sicherheit reicht. Haftet Ihnen der Schuldner auch persönlich (§ 52 InsO), werden sie im Insolvenzplanverfahren als einfache Insolvenzgläubiger in Höhe ihrer Ausfallforderung herabgestuft (§§ 237 Abs. 1, 238 Abs. 1 InsO). Die Prognoseentscheidung nach § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird sich in dieser Hinsicht aber schwieriger gestalten³⁸⁰.

(b) Wertermittlung mit Plan

Auch bei der Wertberechnung mit Plan sind die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten im Vorteil gegenüber den einfachen Insolvenzgläubigern. Denn der für den Vergleich heranzuziehende Erwartungswert ist hier ebenso wenig mit dem Unsicherheitsmoment behaftet, wie

³⁷⁶ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 111.

³⁷⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 208.

³⁷⁸ Zur Bedeutung der wirtschaftlichen Stellung vgl. auch Städtler, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 321 f.

³⁷⁹ Ist die Eröffnung eines erneuten Insolvenzverfahrens über das Vermögen des gleichen Schuldners jedoch hinreichend wahrscheinlich, dürfte etwas anderes gelten. Allein die bestehende Möglichkeit reicht allerdings noch nicht (AG Mühldorf am Inn NZI 1999, 422; LG Traunstein NZI 1999, 461). Hinsichtlich des Risikos einer erneuten Insolvenz vgl. auch MünchKomm/Drukarczyk, InsO, § 245 Rn. 68 f.

³⁸⁰ Vgl. Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 112.

dies bei einfachen Insolvenzgläubigern der Fall ist. Ein Forderungsausfall ist kaum vorstellbar, wenn die im Insolvenzplan enthaltenen Forderungen weiterhin mit Immobiliarsicherheiten belastet sind. Denn ein Grundpfandgläubiger, der sich aktiv am Insolvenzplanverfahren beteiligt und daher zur Reorganisation bereit ist, wird nur in dem Fall auf seine Forderung teilweise verzichten, wenn zumindest seine Restforderung voll gesichert ist. In der Vergleichsrechnung nach § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind allerdings Forderungen von grundpfandrechtlich gesicherten Gläubigern, die beispielsweise aufgrund eines – wenn auch nur teilweisen – Verzichts auf Grundschulden ohne damit korrespondierendem Verzicht auf die persönliche Forderung durch den Insolvenzplan zu einfachen Insolvenzgläubigern herabgestuft worden sind, nicht mit dem Nominalwert anzusetzen³⁸¹.

(3) Angemessene Beteiligung

Die Zustimmung einer oder mehrerer Abstimmungsgruppen gilt nur dann als erteilt, wenn die Gläubiger dieser Gruppen angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf der Grundlage des Insolvenzplanes den Beteiligten zufließen soll (§ 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Ein Gläubiger ist zunächst stets dann angemessen beteiligt, wenn er aufgrund des Insolvenzplanes voll befriedigt wird, denn mehr steht ihm nicht zu³⁸².

In § 245 Abs. 2 InsO findet sich eine nähere Definition der angemessenen Beteiligung. Sie liegt vor, wenn kein anderer Gläubiger wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigen (§ 245 Abs. 2 Nr. 1 InsO); wenn weder ein Gläubiger, der ohne einen Plan mit Nachrang gegenüber den Gläubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, noch der Schuldner oder eine an ihm beteiligte Person einen wirtschaftlichen Wert erhält (§ 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO); und wenn kein Gläubiger, der ohne einen Plan gleichrangig mit den Gläubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, besser gestellt wird als diese Gläubiger (§ 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Die ersten beiden Punkte des § 245 Abs. 2 InsO sind allerdings für Gläubiger von Immobiliarsicherheiten ohne Bedeutung. Zum einen ist die Regelung in § 245 Abs. 2 Nr. 1 InsO selbstverständlich, da einem Gläubiger nicht mehr als außerhalb des Verfahrens zusteht. Zum anderen existiert das Rangverhältnis in § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO nur zwischen einfachen und nachrangigen Insolvenzgläubigern (§§ 39, 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO) bzw. innerhalb deren jeweiligen

³⁸¹ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 113.

³⁸² MünchKomm/Drukarczyk, InsO, § 245 Rn. 87. § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO kommt daher auch nicht in dem wohl nur theoretischen Fall zur Anwendung, dass andere Gläubigergruppen durch den Plan mehr als 100 Prozent erhalten sollen.

Rangklassen³⁸³. Dagegen besteht kein Rangverhältnis zwischen der Gruppe von absonderungsberechtigten Gläubigern (§ 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und der von einfachen Insolvenzgläubigern, denn die Insolvenzordnung ist hier in Wortlaut und Systematik unmissverständlich. Da bei absonderungs- und aussonderungsberechtigten Gläubigern bzw. auch Massegläubigern³⁸⁴ ein Aliud- und kein Minus-Verhältnis besteht³⁸⁵, ist deren Integration in das System ausgeschlossen. Andernfalls müssten die Forderungen der absonderungsberechtigten Gläubiger in jedem Insolvenzplanverfahren zunächst voll befriedigt werden. Abweichende Regelungen für jene Gläubigergruppen wären dann so gut wie unmöglich. Nach der Intention des Gesetzgebers sollte dies aber gerade im Insolvenzplanverfahren möglich sein³⁸⁶.

Folglich ist für Gläubiger von Immobiliarsicherheiten einzig die Definition der angemessenen Beteiligung in § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO von Relevanz. Es darf danach keine Ungleichbehandlung gleichrangiger Gläubiger innerhalb einer Gruppe geben, auch wenn hierfür ein vernünftiger Grund bestehen sollte³⁸⁷. Missverständlich ist die Formulierung „gleichrangig“ zumindest in der Hinsicht, als dass hiermit nicht das Rangverhältnis in §§ 38, 39 InsO gemeint ist, sondern vielmehr auf die gleiche Rechtsposition abzustellen ist, da auf die drei Gruppen des §§ 222 Abs. 1 Nr. 1-3 InsO Bezug zu nehmen ist. Gleichrangig im Sinne des § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO sind daher alle absonderungsberechtigten Gläubiger³⁸⁸.

Hieran wird deutlich, dass Untergruppen nach § 222 Abs. 2 InsO nicht unbegrenzt gebildet werden können³⁸⁹. Absonderungsberechtigte Gläubiger innerhalb einer Gruppe sind gleich zu behandeln, unabhängig von einer etwaigen Feingliederung. Mehrheitsentscheidungen spielen daher eine nur untergeordnete Rolle. Gläubiger von Immobiliarsicherheiten haben deshalb auch nicht eine geringere Beteiligung am Insolvenzplan im Vergleich zu Gläubigern von Sicherungseigentum oder handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechten zu befürchten. Schwierigkeiten kann jedoch die Feststellung der Gleichbehandlung durch das Gericht bereiten,

³⁸³ LG Traunstein NZI 1999, 474, 477; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 245 Rn. 24; *Braun*, InsO, § 245 Rn. 9; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 22; a.A. *Städler*, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 326 f.; *Smid/Rattunde*, InsO, § 245 Rn. 19; *Smid*, InVo 1000, S. 1, 7 f.; anscheinend ebenso *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 245 Rn. 20: Rangfolge des § 222 Abs. 1 InsO; offen gelassen AG Mühldorf am Inn NZI 1999, 422, 424.

³⁸⁴ Für Massegläubiger ergibt sich dies schon daraus, da sie nicht zu den Beteiligten nach § 217 InsO zählen.

³⁸⁵ LG Traunstein NZI 1999, 461, 464.

³⁸⁶ *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 114; *Braun*, NZI 1999, S. 473, 477.

³⁸⁷ LG Magdeburg NZI 2001, 326.

³⁸⁸ Wie die Einteilung der gebildeten Gruppen in Bezug auf § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO berücksichtigt werden vgl. auch LG Magdeburg NZI 2001, 326, 327.

³⁸⁹ *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 245 Rn. 30.

wenn im Plan nicht für alle Gläubiger gleichartige Leistungen vorgesehen sind, da dann die jeweiligen Zuwendungen erst noch zu bewerten sind³⁹⁰.

5. Gerichtliche Bestätigung

a) Keine Verletzung der Verfahrensvorschriften

Der Insolvenzplan bedarf nach seiner Annahme durch die Gläubiger, die entweder durch die Zustimmung aller Gläubigergruppen oder deren Fiktion (§ 245 InsO) zustande kommt, und der Zustimmung durch den Schuldner einer gerichtlichen Bestätigung. Hierdurch wird sichergestellt, dass beim Zustandekommen des Insolvenzplanes keine Verfahrensvorschriften verletzt und alle hieran Beteiligten geschützt werden³⁹¹. Das Erfordernis der hoheitlichen Bestätigung des Insolvenzplanes ist als Spiegelbild der ausgedehnten Privatautonomie im Insolvenzplan zu sehen. Dem Insolvenzgericht steht bei seiner Entscheidung aber kein Ermessen zu, ebenso wenig kann es den Plan abändern³⁹². Es handelt sich daher um eine gebundene Entscheidung, so dass die Bestätigung vom Gericht nur versagt werden kann, wenn ein Grund nach §§ 249 – 251 InsO gegeben ist.

b) Minderheitenschutz nach § 251 InsO

Der Minderheitenschutz des § 251 InsO³⁹³ ist für Gläubiger von Immobiliarsicherheiten besonders relevant. Er beinhaltet das Verbot der Schlechterstellung und läuft insofern parallel zum Obstruktionsverbot (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO), das die Schlechterstellung der jeweiligen Abstimmungsgruppen verbietet³⁹⁴. Beim Minderheitenschutz nach § 251 InsO betrifft dieses Verbot den Gläubiger hingegen individuell. Trotz inhaltlicher Übereinstimmungen liegen damit zwei unterschiedliche Regelungen vor. Allein durch § 251 InsO kann unterbunden werden, dass einzelne Gläubiger ihre Abstimmungsgruppe unzulässigerweise überstimmen³⁹⁵. An

³⁹⁰ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 114; a.A. Smid, InVo 1996, S. 314, 318, der die Überprüfung der Gleichbehandlung für „denkbar einfach“ erachtet. Da aber ein Vergleich der angemeldeten Forderungen mit den Regelungen des Insolvenzplanes häufig nicht ausreicht und stattdessen in der Regel Erwartungswerte zu berechnen sind und Abzinsungen vorgenommen werden müssen, erweist sich die Feststellung der Gleichbehandlung als schwierig.

³⁹¹ Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 248 Rn. 1.

³⁹² HK/Flessner, InsO, § 248 Rn. 2; Hess, in Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 248 Rn. 2; Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 248 Rn. 2. Daher ist die Ansicht von Smid, InVo 2000, S. 1, 2; ähnlich auch Smid/Rattunde, InsO, § 245 Rn. 1, durch §§ 245, 248 InsO würde die Richtermacht im Insolvenzverfahren zu Lasten der Gläubigerautonomie gestärkt, nur bedingt nachzuvollziehen. Zum gesetzlichen Obstruktionsverbot und der gerichtlichen Zustimmungsetzung als etwas anderem vgl. Karsten Schmidt, Gutachten zum 54. DJT, S. 89.

³⁹³ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 9/95, schreiben, dass Anträge nach § 251 InsO in der Praxis nicht vorkommen. Die Norm ist deshalb aber keineswegs überflüssig; da sie eine disziplinierende Funktion für den Planersteller und die zustimmenden Planbeteiligten hat.

³⁹⁴ Vgl. Hess in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 251 Rn. 6; Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 245 Rn. 67; Münch-Komm/Drukarczyk, InsO, § 245 Rn. 10; Schiessler, Insolvenzplan, S. 182.

³⁹⁵ Kaltmeyer, ZInsO 1999, S. 316, 320.

dieser Vorschrift wird deutlich, dass Mehrheitsentscheidungen im Insolvenzplanverfahren nur bedingt eine Rolle spielen, da allein eine mehrheitliche Zustimmung zum Insolvenzplan die Rechte Einzelner nicht verkürzen kann³⁹⁶.

(1) Voraussetzungen

Die Versagung der gerichtlichen Bestätigung setzt formell den Antrag eines Gläubigers voraus³⁹⁷, der dem Plan spätestens im Abstimmungstermin (§ 235 InsO) widersprochen haben muss. Materiell wird vorausgesetzt, dass der Gläubiger durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne Plan stünde (§ 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Beim Prüfungsmaßstab bestehen zwar wiederum Parallelen zum Obstruktionsverbot (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO)³⁹⁸, Unterschiede ergeben sich aber dadurch, dass der Gläubiger seine Schlechterstellung durch den Plan glaubhaft machen muss (§ 251 Abs. 2 InsO)³⁹⁹. So ist beim Antrag nach § 251 InsO weder der Planinitiator noch der Insolvenzverwalter, sondern nur der Gläubiger dafür verantwortlich, eine Vergleichsrechnung beizubringen⁴⁰⁰. Dies erscheint sachgerecht, da sonst bereits das Verhalten eines einzigen unkooperativen Gläubigers Verfahrensverzögerungen befürchten ließe⁴⁰¹. Bei § 245 InsO hingegen muss sich die Vergleichsrechnung der Schlechterstellung aus dem Insolvenzplan selbst ergeben, damit das Gericht selbst die Lage bei der von Amts wegen zu treffenden Entscheidung nach § 248 InsO beurteilen kann.

Anders als in § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO hat der in seiner Abstimmungsgruppe überstimmte Gläubiger keinen Anspruch auf eine angemessene Beteiligung an dem den Planbeteiligten zufließenden wirtschaftlichen Wert, so dass der Minderheitenschutz des § 251 InsO nicht so weitgehend ist wie das Obstruktionsverbot (§ 245 InsO)⁴⁰². Gleichwohl wird Gläubigern von werthaltigen Immobiliarsicherheiten durch § 251 InsO eine in wirtschaftlicher Hinsicht unangreifbare Position zuteil. Denn sobald ein Insolvenzplan in diese eingreift, führt ein Antrag nach § 251 InsO dazu, dass die gerichtliche Bestätigung des Planes versagt wird⁴⁰³. Die Nicht-Slechterstellung ist hierbei notwendig, allerdings auch ausreichend, weil der einzelne Gläubiger, dem keine Schlechterstellung durch den Plan droht, keinen Anspruch darauf hat,

³⁹⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 211; vgl. auch *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 618 f.

³⁹⁷ Vgl. hingegen die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung des § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO (dazu im 6. Kapitel B.III.4.b).

³⁹⁸ Zum Obstruktionsverbot vgl. in diesem Kapitel unter B.III.4.b) (2).

³⁹⁹ *Weisemann/Holz*, in: Handbuch Unternehmensinsolvenz, Kap. 15 Rn. 130.

⁴⁰⁰ Vgl. OLG Dresden NZI 2000, 436, 437; vgl. ferner zur Beweislastverteilung bei Anträgen nach § 251 InsO *Städler*, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 322 ff.

⁴⁰¹ *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 251 Rn. 7.

⁴⁰² Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 211; *Gottwald/Braun*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 109; *Hess/Weis*, WM 1998, S. 2349, 2361 (in Fn. 121).

⁴⁰³ Zu nicht voll werthaltigen Grundpfandrechten vgl. im 6. Kapitel B.III.4. b) (2) (a).

dass andere Gläubiger nicht mehr erhalten, als ihnen ohne Planverfahren zustehen würde⁴⁰⁴. Mit dieser Handhabe wurde in der Insolvenzordnung das richtige Maß gefunden, Einzelgläubiger zu schützen. Zwar wird hierdurch vom Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung Abstand genommen⁴⁰⁵, dies ist jedoch hinzunehmen. Denn indem andere besser gestellt werden, wird nicht gleichsam der Betroffene schlechter gestellt. Darüber hinaus hat sich schließlich die Mehrheit der rechtlich und evtl. wirtschaftlich gleich Positionierten innerhalb der Abstimmungsgruppe des Betroffenen für die Planregelung entschieden. Ferner sind im Insolvenzplan nur die Gläubiger innerhalb einer Gruppe gleich zu behandeln (§ 226 InsO), während Unterschiede zwischen den Gruppen möglich und geradezu gewollt sind⁴⁰⁶.

(2) Salvatorische Klauseln

Der Gesetzgeber war sich der Gefahr von § 251 InsO bewusst: Der Widerspruch einzelner Gläubiger und verschiedene Prognosen der Planinitiatoren (bzw. der zustimmenden Mehrheit der Planbeteiligten) und des Insolvenzgerichts könnten zu einer Lähmung des Verfahrens führen. Um einer solchen Entwicklung vorzubeugen, sollte der Insolvenzplan zusätzliche Leistungen für dem Plan widersprechende Gläubiger vorsehen, die nachweisen, dass sie ohne derartige Zusatzleistungen schlechter stehen würden. Dies aber muss außerhalb des Insolvenzverfahrens geklärt werden, da eine Schlechterstellung durch den Insolvenzplan ausgeschlossen ist⁴⁰⁷. Eine solche, auch als „salvatorische Klausel“ bezeichnete⁴⁰⁸, Planbestimmung⁴⁰⁹ ist von der Literatur befürwortet worden⁴¹⁰.

Salvatorische Klauseln stoßen jedoch aus verschiedenen Gründen auf erhebliche praktische und rechtliche Bedenken⁴¹¹. Sie dürfen vor allem nicht dem Gebot der Gleichbehandlung innerhalb einer Gruppe nach § 226 InsO zuwiderlaufen, etwa indem zusätzliche Leistungen nur einem widersprechenden Gläubiger versprochen werden. Im Insolvenzverfahren bedarf es

⁴⁰⁴ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 116.

⁴⁰⁵ Aus diesem Grund kritisch Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 619 f.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zu Leitsatz 2.2.9, S. 173.

⁴⁰⁷ BT-Drucks. 12/2443, S. 212.

⁴⁰⁸ Der Begriff der „salvatorischen Klausel“ geht auf Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 92 ff. zurück.

⁴⁰⁹ Vgl. auch die Formulierungsvorschläge bei FK/Jaffé, InsO, § 245 Rn. 76; MünchKomm/Sinz, InsO, § 251 Rn. 27; Eidenmüller, NJW 1999, S. 1837, 1838.

⁴¹⁰ Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 92 ff.; Eidenmüller, NJW 1999, S. 1837, 1838; Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 251 Rn. 19 f.; Hess, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 251 Rn. 10 ff.; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Rn. 2013 f.; Bork, in: Insolvenzrecht 1998, S. 111, 123 ff.; vgl. auch Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 931 ff. Rn. 107 f.; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 488; Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 251 Rn. 10; Schiessler, Insolvenzplan, S. 184; Hess/Weis, WM 1998, S. 2349, 2361; Riggert, WM 1998, S. 1521, 1523.

⁴¹¹ Kritisch Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 251 Rn. 5; HK/Flessner, InsO, § 251 Rn. 10 f.; MünchKomm/Sinz, InsO, § 251 Rn. 21 ff.; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 251 Rn. 10 ff.; Smid, ZInsO 1998, 347 ff.; Grub, FS Uhlenbruck, S. 501, 512 f.; praktische Bedenken bei FK/Jaffé, InsO, § 245 Rn. 73 ff. u. § 247 Rn. 27 ff.; Wutzke, ZInsO 1999, S. 1, 4.

darum entweder einer Vereinbarung, die alle Gläubiger einer Gruppe in den Anwendungsbereich der salvatorischen Klausel einschließt⁴¹², oder alle anderen Gläubiger einer Gruppe müssen der salvatorischen Klausel hinsichtlich der widersprechenden Gläubiger zustimmen (§ 226 Abs. 2 InsO)⁴¹³.

Das nach § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO geltende Gebot der angemessenen Beteiligung bereitet in diesem Zusammenhang größere Schwierigkeiten, weil es verbietet, dass der Insolvenzplan Gläubigern bzw. Gläubigergruppen Zusatzvorteile gewährt. Derartige Zusatzvorteile, die wegen § 245 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO unzulässig sind, werden aber durch eine salvatorische Klausel einzelnen Gläubigern zuteil⁴¹⁴. Damit der Plan angesichts dieser Vorschrift dennoch Bestand haben kann, müssten alle Gläubiger, die ohne Plan gleichrangig mit dem widersprechenden Gläubiger zu befriedigen wären, ebenfalls Zusatzleistungen durch die salvatorische Klausel erhalten. Dies aber würde die Durchführbarkeit des Planes insgesamt gefährden, denn die Höhe der Rückstellungen wäre kaum zu berechnen. Zudem würde der Anschein erweckt, dass die Leistungen im Insolvenzplan nur überschlägig und damit ohne Berücksichtigung von § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO ermittelt wurden und erst in Folgeprozessen außerhalb des Insolvenzverfahrens konkretisiert würden⁴¹⁵.

Salvatorische Klauseln sind indes beim Einzelwiderspruch nach § 251 InsO unter Beachtung von § 226 InsO möglich, da § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht greift, weil er nur dann zu berücksichtigen ist, wenn die fehlende Zustimmung einer ganzen Gläubigergruppe durch das Obstruktionsverbot überwunden werden soll. Somit werden zumindest Widersprüche einzelner widersprechender Gläubiger durch salvatorische Klauseln unbeachtlich⁴¹⁶.

(3) Immobiliarsicherheiten und § 251 InsO

Der den Gläubigern von Immobiliarsicherheiten in § 251 InsO garantierte Schutz ist trotz seiner Unterschiede zu § 245 Abs. 1 Nr. 2 sehr weit reichend. Gläubiger, die an der Erarbeitung eines Insolvenzplanes nicht interessiert sind und allein die Befriedigung ihrer Forderungen verfolgen, stehen Fragen der sachgerechten Gruppenbildung, der Abstimmung und Erörterung des Planes und den einzelnen Regelungen kaum im Weg. Im Insolvenzplanverfahren können sie sich darauf beschränken, dem Plan spätestens im Abstimmungstermin zu wider-

⁴¹² HK/Flessner, InsO, § 251 Rn. 10 f.; Smid, ZInsO 1998, S. 347, 349 f.; Grub, FS Uhlenbruck, S. 501, 512 f.

⁴¹³ Vgl. Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 117 f.

⁴¹⁴ Grub, FS Uhlenbruck, S. 501, 513.

⁴¹⁵ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 118; Wutzke, ZInsO 1999, S. 1, 4.

⁴¹⁶ Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 212). Unter der genannten Einschränkung den salvatorischen Klauseln ebenso zustimmend Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 251 Rn. 5.

sprechen und sodann den Antrag nach § 251 InsO zu stellen⁴¹⁷. Daraufhin ist die Planbestätigung vom Insolvenzgericht entweder zu versagen oder der Gläubiger der Immobiliarsicherheit kann davon ausgehen, dass der Insolvenzplan seine wirtschaftliche Position nicht berührt⁴¹⁸.

(4) Rechtsschutz

Gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts über die Bestätigung des Insolvenzplanes oder deren Versagung steht den Gläubigern und dem Schuldner das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (§ 253 InsO). Gegen die Beschwerdeentscheidung ist die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen (§ 7 InsO i.V.m. § 574 Abs. 1 ZPO). Die sofortige Beschwerde kann auch von absonderungsberechtigten Gläubigern erhoben werden, die keine Insolvenzgläubiger sind⁴¹⁹, vorausgesetzt, sie sind durch den Insolvenzplan beschwert. Hat der Gläubiger dem Plan zugestimmt, ist er formell nicht beschwert⁴²⁰. Sieht der Plan keine Regelung zur Position absonderungsberechtigter Gläubiger vor, fehlt es an einer materiellen Beschwer, da die Rechte nach § 223 Abs. 1 InsO nicht berührt sind⁴²¹. Eine Beschwer ist jedoch gegeben, wenn der Plan eine abweichende Regelung i.S.v. § 223 Abs. 2 InsO enthält, selbst im Fall eines Liquidationsplanes, bei dem eine alsbaldige Befriedigung erfolgt⁴²². Denn hier kann der absonderungsberechtigte Gläubiger mit seiner Sicherheit nicht in der Form verfahren, wie ihm das im Insolvenzverfahren möglich wäre⁴²³.

6. Wirkungen des Planes und Beendigung des Insolvenzverfahrens

Mit der Rechtskraft der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplanes treten die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen unmittelbar ein (§ 254 Abs. 1 S. 1 InsO). § 228 InsO kommt durch § 254 Abs. 1 S. 2 InsO erst zur Geltung, weil die im gestaltenden Teil des Insolvenzplanes enthaltenen Willenserklärungen, die auf die Änderungen dinglicher Verhältnisse abzielen, als in der vorgeschriebenen Form abgegeben gelten. Zur Planumsetzung müssen daher

⁴¹⁷ Mit dem Inhalt des Planes müssen sie sich nur wegen der nach § 245 Abs. 2 InsO notwendigen Glaubhaftmachung der Schlechterstellung beschäftigen.

⁴¹⁸ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 118.

⁴¹⁹ HK/Flessner, InsO, § 253 Rn. 2.

⁴²⁰ MünchKomm/Sinz, InsO, § 253 Rn. 20.

⁴²¹ HK/Flessner, InsO, § 253 Rn. 7; MünchKomm/Sinz, InsO, § 253 Rn. 21.

⁴²² A.A. Braun, InsO, § 253 Rn. 3 f.; HK/Flessner, InsO, § 253 Rn. 7 (widersprüchlich insofern, als dass jede Veränderung von Rechten zu einer Beschwer führen soll); klarer MünchKomm/Sinz, InsO, § 253 Rn. 21: keine Beschwer, wenn der Gläubiger die gleiche Befriedigung erlangt.

⁴²³ Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob darin eine unzulässige Schlechterstellung im Sinne von § 245 Abs. 1 Nr. 1 oder § 251 InsO liegt, was gerade Gegenstand der Beschwerdeentscheidung ist. Vgl. Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 119.

nur noch die tatsächlichen Rechtshandlungen, insbesondere Grundbucheintragungen, vorgenommen werden⁴²⁴.

Ferner wird das Insolvenzverfahren aufgehoben (§ 258 InsO), sodass der Schuldner sein Verfügungsrecht zurückerlangt (§ 259 InsO). Der rechtskräftig bestätigte Insolvenzplan kann zudem in Verbindung mit der Insolvenztabelle als Vollstreckungstitel herangezogen werden (§ 257 InsO). Sieht der gestaltende Teil des Planes die Überwachung der Planerfüllung vor, überwacht der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Ansprüche, die den Gläubigern nach dem Insolvenzplan zustehen (§§ 260, 261 InsO). Gläubiger von Immobiliarsicherheiten sind hiervon nur dann betroffen, wenn ihre Rechtsposition vom Insolvenzplan berührt ist. Andernfalls nämlich verfügen sie nicht über Ansprüche „nach dem Insolvenzplan“⁴²⁵.

Die Aufhebung des Insolvenzverfahrens lässt auch die erweiterten, insolvenzspezifischen Möglichkeiten der einstweiligen Einstellung von Zwangsversteigerung und -verwaltung nach dem ZVG enden⁴²⁶. Trotz der Verfahrensbeendigung ist aber eine bereits angeordnete einstweilige Einstellung gesondert aufzuheben, wofür der Gläubiger nach § 30 f Abs. 1 S. 2 ZVG einen Antrag stellen muss.

7. Wiederaufleben von Forderungen

Sofern im Insolvenzplan nichts anderes vorgesehen ist, werden gestundete Forderungen wieder sofort fällig und erlassene Forderungen leben auf, wenn der Schuldner mit der Erfüllung der im Plan festgeschriebenen Forderungen erheblich in Rückstand gerät oder wenn vor vollständiger Erfüllung ein Folgeinsolvenzverfahren eröffnet wird (§ 255 InsO). Diese Wiederauflebensregel berücksichtigt den Umstand, dass Gläubiger nur dann zur Überwindung von Unternehmenskrisen bzw. -insolvenzen zu kooperieren bereit sind, wenn sie zumindest das sicher erhalten, was bei den Reorganisationsanstrengungen ausgehandelt wurde. Eingriffe in rechtliche und wirtschaftliche Gläubigerpositionen sind nur vor diesem Hintergrund zu verantworten⁴²⁷.

Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens bestimmt sich die Rechtsstellung absonderungsberechtigten Gläubiger entweder nach den abweichenden Regelungen im Insolvenzplan oder, wenn solche nicht vorhanden sind, nach den allgemeinen Vorschriften. Ihre Sicherheiten können sie ungehindert zwangsweise verwerten. Die Regelung in § 255 InsO ist für sie nur des-

⁴²⁴ Vgl. hierzu auch im 6. Kapitel B.III.3.b.(3).

⁴²⁵ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 120; ähnlich Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 260 Rn. 8; Münch-Komm/Stephan, InsO, § 260 Rn. 15; undifferenziert für eine Einbeziehung aller absonderungsberechtigten Gläubiger Nerlich/Römermann/Braun, InsO, § 260 Rn. 3.

⁴²⁶ Dazu im 6. Kapitel B.I.1. a) (2) und B.I.1. b) (2).

⁴²⁷ Vgl. Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 120.

halb von Relevanz, wenn der Insolvenzplan ihre Rechte beschneidet. Die Wirkung der Vorschrift hängt somit von der Art und Weise der abweichenden Regelungen ihrer Rechte ab. Wurde etwa auf die Ausfallforderung verzichtet, lebt diese nach § 255 InsO wieder auf⁴²⁸.

Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn Gläubiger von Immobiliarsicherheiten im Insolvenzplan ganz oder teilweise auf ihre Sicherheiten verzichtet haben und deren mangelnde Werthaltigkeit auch in Bezug auf die wieder auflebenden Forderungen einen Ausfall befürchten lässt⁴²⁹. Ob und wie die Immobiliarsicherheiten wieder aufleben, mag zwar fraglich sein, die hierbei auftretenden „praktischen Schwierigkeiten“⁴³⁰ sind aber nicht unüberwindbar⁴³¹.

Wurden zwischenzeitlich keine weiteren Sicherheiten an der entsprechenden Immobilie bestellt, scheint sich das Problem lösen zu lassen: Der Schuldner muss die Immobiliarsicherheit neu bestellen⁴³², wobei alle zivilrechtlichen Voraussetzungen, einschließlich der Grundbucheintragung, zu beachten sind⁴³³. Auch vor dem Hintergrund einer drohenden Folgeinsolvenz ist diese Variante denkbar, weil die Neubestellung der Sicherheit nicht dem Insolvenzanfechtungsrecht unterliegt⁴³⁴. Denn aufgrund einer teleologischen Reduktion der §§ 129 ff. InsO sind diese Vorschriften nicht auf die Fälle des § 255 InsO anzuwenden⁴³⁵. § 255 InsO würde sonst für gesicherte Gläubiger leer laufen und Reorganisationsbemühungen würden innerhalb eines Insolvenzplanverfahrens erschwert. Für diese Auslegung kann zudem ein Vergleich mit § 264 InsO herangezogen werden. Sind in einem Folgeinsolvenzverfahren die Neukreditgeber privilegiert, so sind Altkreditgeber, die angesichts einer Reorganisation bereit waren, ihre Sicherheiten preiszugeben, erst recht zu schützen, wenn der Schuldner noch nicht einmal seinen Verpflichtungen aus dem Insolvenzplan nachkommt⁴³⁶.

⁴²⁸ Bork, in *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 51, 54, sieht dies wohl als Mindeststandard an.

⁴²⁹ Anderenfalls kann der Gläubiger durch Verwertung seiner Sicherheit auch in Bezug auf den wiederaufgelebten Teil der gesicherten Forderung Befriedigung suchen (BT-Drucks. 12/2443, S. 213; *HK/Flessner*, InsO, § 255 Rn. 4).

⁴³⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 213.

⁴³¹ Kritisch gegenüber den Auffassung des Gesetzgebers: *Braun/Uhlenbruck*, *Unternehmensinsolvenz*, S. 490 f.; *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rn. 28.77 ff.

⁴³² *Obermüller*, WM 1998, S. 483, 490; *Braun*, InsO, § 255 Rn. 5; *Jungmann*, *Grundpfandgläubiger*, S. 121; anders die h.M. im Anschluss an die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 213): *MünchKomm/M. Huber*, InsO, § 255 Rn. 15; *HK/Flessner*, InsO, § 255 Rn. 4; *Smid/Rattunde*, InsO, § 255 Rn. 7; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 255 Rn. 9; *FK/Jaffé*, InsO, § 255 Rn. 38; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, *Handbuch zur InsO*, Rn. 9/110; *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 255 Rn. 19.

⁴³³ Alternativ könnte auf die Immobiliarsicherheiten nur unter einer auflösenden Bedingung verzichtet werden (*Braun*, InsO, § 255 Rn. 5); ebenso kann im Insolvenzplan die nur schuldrechtliche Verpflichtung vorgesehen sein, von den Immobiliarsicherheiten für eine gewisse Zeit keinen Gebrauch zu machen (*Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 255 Rn. 3; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 255 Rn. 10). Die Immobilie kann dann aber als Sicherheit für Neukredite geboten werden.

⁴³⁴ A.A. insofern *Obermüller*, WM 1998, S. 483, 490.

⁴³⁵ Da § 255 InsO dem Gläubiger einen Anspruch auf die Sicherheit gewährt, kommt wohl nur eine Anfechtung nach § 130 InsO (kongruente Deckung) in Betracht.

⁴³⁶ So *Jungmann*, *Grundpfandgläubiger*, S. 121.

Sind jedoch neue Immobiliarsicherheiten bestellt worden, können die vom Gesetzgeber hervorgehobenen praktischen Schwierigkeiten kaum beseitigt werden, weil diese neuen Sicherheiten gegenüber dem Altgläubiger von Immobiliarsicherheiten unter Vorbehalt des Anfechtungsrechts Bestand haben. Dies beruht auf tatsächlichen Gegebenheiten und nicht darauf, dass § 255 InsO auf Absonderungsrechte keine Anwendung fände. Gläubiger von Immobiliarsicherheiten müssen deshalb die mit § 255 InsO verbundene Schwäche einkalkulieren, wenn sie in einem Insolvenzplan auf ihre Sicherheiten teilweise oder völlig verzichten⁴³⁷.

8. Würdigung

Im Vergleich zur alten Rechtslage bedeutet das Insolvenzplanverfahren somit für Gläubiger von Immobiliarsicherheiten, dass auch diese nicht mehr uneingeschränkt zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind. Gegen ihren Willen können sie in ein Planverfahren hineingezogen werden und müssen sich dort möglicherweise einer Mehrheitsentscheidung beugen⁴³⁸. Ihre Position mag theoretisch geschwächt sein, in der Praxis entstehen ihnen hieraus allerdings kaum Nachteile⁴³⁹. Aufgrund des Verbots der Schlechterstellung in §§ 245 Abs. 1 Nr. 1, 251 InsO haben Gläubiger von Immobiliarsicherheiten einen Status, der von dem im Regelin Insolvenzverfahren kaum abweicht. Zum einen kann ihre Rechtsposition nur unter besonderen Voraussetzungen ohne ihren Willen angegriffen werden. Zum anderen müssen sie eine wirtschaftliche Schmälerung niemals hinnehmen⁴⁴⁰.

Auch im neueren deutschen Insolvenzrecht verfügen die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten daher über eine faktisch und rechtlich starke Position. Eine Beteiligung an Reorganisationsmaßnahmen und das Eingehen von Kompromissen wird deshalb aber nicht rundweg von solchen Gläubigern abgelehnt⁴⁴¹. Da sie einen Forderungsausfall in der Regel nicht zu befürchten haben⁴⁴², und es sich zumeist um Banken und deshalb um wirtschaftlich leistungsstarke Gläubiger handelt, sind sie durchaus zur Reorganisation von Unternehmen fähig und bereit. Bedingt ist diese Bereitschaft jedoch von der Aussicht auf Folgegewinne innerhalb der

⁴³⁷ Obermüller, WM 1998, S. 483, 490; Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 121.

⁴³⁸ Vgl. Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 580.

⁴³⁹ Städtler, Grundpfandrechte in der Insolvenz, S. 342, der sogar eine Verbesserung der Position dieser Gläubiger im Insolvenzplanverfahren sieht. So würden Sachverständige den für den Liquidationswertansatz als garantierten Mindestwert maßgeblichen Verkehrswert des Grundstückes regelmäßig eher zu hoch ein stufen.

⁴⁴⁰ Das Insolvenzplanverfahren bedeutet daher auch für gesicherte Gläubiger im Ergebnis keine Abkehr von Einstimmigkeitserfordernis (Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 28.25).

⁴⁴¹ Vgl. Warrikoff, KTS 1997, S. 527, 544; Reck, BuW 1999, S. 143, 151; einschränkend MünchKomm/Breuer InsO, § 223 Rn. 5.

⁴⁴² Die Grundpfandgläubiger werden ungleich leichter zu kooperieren bereit sein, wenn eine vollständige Befriedigung wegen mangelnder Werthaltigkeit der Sicherheiten nur bei einer Unternehmensfortführung zu erwarten ist (vgl. Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur InsO, Rn. 9/46).

Geschäftsbeziehung mit dem wirtschaftlich wieder gesunden Unternehmen⁴⁴³. Die gesicherte Stellung im Insolvenzverfahren beschränkt sich dann nämlich nicht nur auf die bloße Gewissheit, keinen Ausfall erleiden zu müssen.

IV. Anfechtung von Immobiliarsicherheiten

Die Angreifbarkeit von Kreditsicherheiten im Wege der Insolvenzanfechtung soll an dieser Stelle nur kurz angesprochen werden, da eine ausführliche Auseinandersetzung den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Allgemein betrachtet, hat die Insolvenzanfechtung den Interessenkonflikt zwischen den Insolvenzgläubigern, denen an der Mehrung der Masse liegt, und dem Anfechtungsgegner, der den erlangten Vermögensvorteil behalten möchte, aufzulösen. Einen gerechten Ausgleich sucht das Gesetz dadurch herbeizuführen, indem es zwar den Begriff der Vermögensweggabe weit fasst, die einzelnen Tatbestände aber eng umschreibt⁴⁴⁴. Einer Sicherheitenbestellung sind in diesem Zusammenhang die gläubigerschädigende Tendenz und das Bewusstsein der Beteiligten, im Fall der Insolvenz die konkurrierenden Gläubiger zu benachteiligen, geradezu immanent. Das Anfechtungsrecht muss jedoch die Wertentscheidung für die Legitimität der Kreditsicherheiten und ihre Bestandskraft gerade auch im Insolvenzfall respektieren. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und die Anerkennung der Kreditsicherheiten geraten somit in Konflikt⁴⁴⁵. Ein Hauptproblem bei der Anfechtbarkeit einer Deckung, d.h. einer Immobiliarsicherheit oder einer Sicherheit allgemein, ist die Kongruenz der gewährten Sicherung. In Anbetracht des Umstandes, dass die Kreditsicherung typischerweise in zeitlichem Zusammenhang mit der Gewährung des Kredits erfolgt, ist zudem die Frage der Reichweite des Bargeschäftsprivilegs mit der Anfechtung einer Sicherheit verbunden⁴⁴⁶.

1. Anfechtungsvoraussetzungen

Als Anfechtungsvoraussetzung muss zunächst eine vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte Rechtshandlung des Insolvenzschuldners gegeben sein (§ 129 InsO). Der Begriff der Rechtshandlung ist weit auszulegen, so dass hierunter alle vom Willen getragenen Betätigungen fallen, die in irgendeiner Weise Rechtswirkungen auslösen können⁴⁴⁷. Nach § 140 InsO gilt eine Rechtshandlung erst mit Eintritt ihrer Wirkungen, bei eintragungspflichtigen

⁴⁴³ Vgl. insofern BT-Drucks. 12/2443, S. 211; *Neumann*, BuW 2000, S. 1, 2; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 122.

⁴⁴⁴ *Gottwald*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 46 Rn. 15.

⁴⁴⁵ *Eckardt*, ZIP 1999, S. 1417.

⁴⁴⁶ Vgl. *Eckardt*, ZIP 1999, S. 1417.

⁴⁴⁷ *Braun*, InsO, § 129 Rn. 11; *Kübler/Prütting*, InsO, § 129 Rn. 11.

Rechtshandlungen mit Einreichen des Eintragungsantrags als vorgenommen. Darüber hinaus bedarf es der Ursächlichkeit der Rechtshandlung für die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger. § 129 InsO setzt eine objektive Benachteiligung der Gläubiger in ihrer Gesamtheit voraus⁴⁴⁸. Sie liegt vor, wenn sich die Befriedigung der Gläubiger im Falle des Unterbleibens der angefochtenen Handlung günstiger gestaltet hätte⁴⁴⁹. In den Fällen der §§ 132 Abs. 1, 133 Abs. 2 InsO ist eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung erforderlich, sonst genügt eine mittelbare, d.h. es reicht aus, dass zu der Rechtshandlung ein Umstand hinzutritt, der zu einer Gläubigerbenachteiligung führt⁴⁵⁰.

2. Anfechtungsgründe

Bei den Anfechtungsgründen sind vier Haupttatbestände zu unterscheiden: die besondere Insolvenzanfechtung (§§ 130-132 InsO), bei der im Zeitpunkt der Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung schon „Vorboten der Insolvenz“ aufgetreten sind (Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnungsantrag); die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO), wenn der Schuldner vorsätzlich die Gläubiger benachteiligen wollte; die Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO), bei der unentgeltlich zugewendet wurde; und schließlich die kapitalerhaltende Anfechtung (§ 135 InsO), mit der die Sicherung eines Gläubigers eines kapitalersetzenden Darlehens (§§ 32 a, b GmbHG, 129 a, 172 a HGB) angegriffen wird⁴⁵¹. Die einzelnen Anfechtungstatbestände legen den Zeitraum fest, in dem eine Rechtshandlung vorgenommen worden sein muss, um überhaupt anfechtbar zu sein. Alle Tatbestände knüpfen hierbei einheitlich beim Eröffnungsantrag an. Die Zeiträume variieren hierbei zwischen einem bis drei Monaten (§§ 130-132 InsO), einem Jahr (§§ 135 Nr. 2, § 136 InsO), zwei Jahren (§ 133 Abs. 2 InsO), vier Jahren (§ 134 InsO) und zehn Jahren (§§ 133 Abs. 1, 135 Nr. 1 InsO). Je weiter der zeitliche Rahmen zurückgreift, umso höher sind die Anforderungen für eine Anfechtung⁴⁵². Näher beleuchtet werden soll im Folgenden aber nur die besondere Insolvenzanfechtung (kongruente und inkongruente Deckung, §§ 130, 131 InsO) im Zusammenspiel mit dem Bargeschäftsprivileg, da dies bei der Anfechtung von Sicherheiten von besonderer Relevanz ist.

⁴⁴⁸ BGH ZIP 1981, 1229, 1231.

⁴⁴⁹ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 46 Rn. 51.

⁴⁵⁰ Braun, InsO, § 129 Rn. 24.

⁴⁵¹ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 46 Rn. 5.

⁴⁵² Umgekehrt ausgedrückt sind daher die Anforderungen an die Anfechtungsvoraussetzungen umso niedriger, je kürzer die Rechtshandlung zurückliegt, vgl. Braun, InsO, § 129 Rn. 60.

a) Kongruente Deckung

Wie bereits angedeutet, spielt die Frage der Kongruenz der Immobiliarsicherheit eine wesentliche Rolle. Anfechtbar ist eine dem Insolvenzgläubiger gewährte oder ermöglichte Sicherung, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde, der Schuldner im Zeitpunkt der Gewährung zahlungsunfähig war und der Gläubiger entsprechende Kenntnis hiervon hatte (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Erfolgte sie nach dem Eröffnungsantrag bedarf es zu einer Anfechtbarkeit der Kenntnis des Gläubigers von der schuldnereischen Zahlungsunfähigkeit oder der Kenntnis des Eröffnungsantrages (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Eine Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, reicht aus (§ 130 Abs. 2 InsO)⁴⁵³. Bei nahe stehenden Personen wird eine solche Kenntnis vermutet (§§ 130 Abs. 3, 138 InsO)⁴⁵⁴. Nahe stehende Personen sind in § 138 InsO definiert. Neben familiären Beziehungen (§ 138 Abs. 1 InsO) führen auch rein gesellschaftsrechtliche Beziehungen zur Bejahung des Merkmals der nahe stehenden Person (§ 138 Abs. 2 InsO)⁴⁵⁵.

b) Inkongruente Deckung

Durch die Inkongruenz einer gewährten Sicherung oder Befriedigung wird offenbar, dass der Schuldner sich infolge der Verschlechterung seiner Vermögenslage bereits zu Maßnahmen gezwungen sieht, die seinen eigenen früheren, noch privatautonom getroffenen Dispositionen nicht mehr entsprechen. Dies macht die erlangte Deckung einer besonderen Begünstigungstendenz verdächtig und rechtfertigt die an die Einstufung als inkongruent geknüpfte Erleichterung der Anfechtung nach § 131 InsO⁴⁵⁶. Hiernach sind Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, anfechtbar. Die Voraussetzungen hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder der Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung hängen hierbei von der zeitlichen Staffelung des § 131 Abs. 1 InsO ab. Diese reicht vom letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag bis zum zweiten oder dritten Monat vor dem Eröffnungsantrag (§ 131 Abs. 1 Nr. 1-3 InsO). Auch hier steht der Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benach-

⁴⁵³ HK/Kreft, InsO, § 130 Rn. 25 ff.

⁴⁵⁴ Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 138 Rn. 55.

⁴⁵⁵ Im Unterschied dazu sah die KO nur rein verwandtschaftliche Beziehungen vor. Vgl. BT-Dr. 12/2443, S. 162 f.; Huth, Kreditsicherungsrecht, S. 62.

⁴⁵⁶ Kübler/Prütting, InsO, § 130 Rn. 7 f.

teilung schließen lassen (§ 131 Abs. 2 InsO) und bei nahe stehenden Personen wird diese Kenntnis vermutet (§§ 131 Abs. 2, 138 InsO)⁴⁵⁷.

Angesichts der grundsätzlichen Akzeptanz insolvenzfester Kreditsicherheiten ist ausgeschlossen, dass die Erlangung der Sicherheit oder die Befriedigung aus dieser ohne weiteres als „atypische Tilgungsform“⁴⁵⁸ der verschärften Anfechtung wegen inkongruenter Deckung zu unterwerfen ist. In der Regel entspricht die erlangte Sicherung den außerhalb der kritischen Phase getroffenen Verabredungen, weshalb sie unverdächtig ist. Die Sicherheit ist deshalb ebenso wie eine Befriedigung des Gläubigers nur dann inkongruent, wenn der Gläubiger speziell die Sicherheit „nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hatte. Daher bedarf es eines besonderen, in hinreichend bestimmter Weise auf die erlangte Sicherung gerichteten Anspruchs⁴⁵⁹, der in Umfang und Art die Sicherheit sowie die Auswahl der Sicherungsgegenstände festlegen muss⁴⁶⁰. Da entscheidend ist, ob die gewährte Deckung mit den zu unverdächtigter Zeit getroffenen Dispositionen übereinstimmt, muss der Sicherungsanspruch seinerseits außerhalb der kritischen Phase entstanden sein⁴⁶¹.

c) Bargeschäftsprivileg

Während §§ 130, 131 InsO auf das Verpflichtungsgeschäft und das Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs abstellen, bezieht sich § 142 InsO auf den tatsächlichen dinglichen Leistungsaustausch. Bei Austausch wirtschaftlich gleichwertiger Leistungen gewährt § 142 InsO eine Privilegierung, die nur bei einer vorsätzlichen Benachteiligung nach § 133 InsO anfechtbar ist⁴⁶². Bei einem Bargeschäft scheidet eine Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich aus, da der veräußerte Vermögensgegenstand unmittelbar durch eine entsprechende, der Vermögensmasse zufließende Gegenleistung kompensiert und eine Vermögensverschiebung zu lasten der Insolvenzgläubiger verhindert wird⁴⁶³. Das Bargeschäft stellt ein einheitliches Ganzes dar, weshalb zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss⁴⁶⁴. Auch die Bestellung einer Sicherheit kann ein Bargeschäft darstellen, wenn das Kreditgeschäft unter sofortiger Besicherung des Rückzahlungsanspruchs abgewickelt

⁴⁵⁷ HK/Kreft, InsO, § 131, Rn. 25.

⁴⁵⁸ Häsemeyer, KTS 1982, S. 507, 564.

⁴⁵⁹ BGH WM 1965, 84, 87; BGH KTS 1968, 235; BGH ZIP 1997, 513, 517; BGH ZIP 1998, 793, 798; OLG Hamburg ZIP 1984, 1373, 1375.

⁴⁶⁰ BGH ZIP 1998, 248, 250, dazu EWiR 1998, 225 (Gerhardt).

⁴⁶¹ BGHZ 59, 230, 235; BGH WM 1975, 948; BGHZ 123, 320, 325 = ZIP 1993, 1653, 1655; Eckardt, ZIP 1999, S. 1417, 1418.

⁴⁶² Braun, InsO, § 142 Rn. 1, 2; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 46 Rn. 78.

⁴⁶³ Ganter, WM 1998, S. 2081, 2083.

⁴⁶⁴ BGH WM 1984, 1430 f.; HK/Kreft, InsO, § 142 Rn. 5.

wird⁴⁶⁵. Die bei der Bestellung einer Immobiliarsicherheit kaum zu vermeidende kürzere Zeitspanne zwischen der Auszahlung des Kredits und der Bestellung schadet hierbei nicht⁴⁶⁶. Ausschlaggebend ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Kreditvertrag und der Sicherheitenbestellung. Dieser liegt vor, wenn es sich um einen von vornherein vereinbarten einheitlichen Leistungsaustausch handelt und die Zeitspanne zwischen den einzelnen Akten des Leistungsaustausches der üblichen Bearbeitungszeit für Sicherheitenbestellung entspricht⁴⁶⁷. Für Immobiliarsicherheiten bietet § 140 Abs. 2 InsO insoweit eine Vereinfachung, da hiernach auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die Bewilligung durch den Schuldner für diesen bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat.

Die vor der Kreditausreichung oder gleichzeitig mit dieser vereinbarte Immobiliarsicherheit ist somit ein der besonderen Insolvenzanfechtung grundsätzliches entzogenes Bargeschäft⁴⁶⁸. Für Sicherheiten, die bereits während einer Krise für einen neu gewährten Sanierungskredit bestellt werden, gilt dies ebenso, wenn die Erfolgsaussichten der Sanierung nach fachkundiger Prüfung zu bejahen sind und der Sicherungsnehmer die Krise des Unternehmens als überwindbar und entsprechende Bemühungen als lohnend erachtet⁴⁶⁹.

V. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung des belasteten Grundstückes

Schließlich soll noch auf die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung des belasteten Grundstückes eingegangen werden, die in der Insolvenz einer Gesellschaft, deren Gesellschafter Eigentümer des belasteten Grundstückes ist, weitere Fragen aufwirft.

1. Insolvenz und Vermietung bzw. Verpachtung von gesicherten Grundstücken allgemein

Allgemein voranzustellen ist, dass der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit trotz Vermietung oder Verpachtung des belasteten Grundstückes durch den Schuldner auch in der Insolvenz mittels einer Zwangsversteigerung oder einer Zwangsverwaltung vorgehen kann. Eine Einschränkung des Zwangsversteigerungsverfahrens ist auch beim Eigentümerwechsel nicht zu erwarten, da der Grundstückserwerber grundsätzlich an den Miet- oder Pachtvertrag gebunden

⁴⁶⁵ Gaiser, DZWIR 1999, S. 446, 447.

⁴⁶⁶ BGH WM 1977, 254, 255; RGZ 136, 152, 159.

⁴⁶⁷ Ein bis zweieinhalb Monate, falls der Eintragungsantrag unverzüglich gestellt worden war, BGH NJW 1977, 718 f.; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 46 Rn. 82; Huth, Kreditsicherungsrecht, S. 55.

⁴⁶⁸ BGH ZIP 1998, 793, 798; Eckardt, ZIP 1999, S. 1417, 1426, in Bezug auf Pfandrechte.

⁴⁶⁹ Huth, Kreditsicherungsrecht, S. 55; vgl. auch OLG Hamm, BB 1999, 1573.

ist (§ 57 ZVG) und über ein Sonderkündigungsrecht verfügt⁴⁷⁰. Im Fall der Zwangsverwaltung tritt der Zwangsverwalter in den Vertrag ein (§ 152 Abs. 2 ZVG) und erhält den Miet- bzw. Pachtzins anstelle des Grundstückseigentümers. Den Vorschriften §§ 1123, 1124 BGB kommt hierbei besondere Bedeutung zu, denn danach sind auch Miet- oder Pachtzinsforderungen vom Haftungsverband der Hypothek umfasst. Diese Forderungen gebühren, soweit sie bei Anordnung der Zwangsverwaltung fällig und noch nicht durch Erfüllung untergegangen sind, nur dem Zwangsverwalter – und nicht dem Insolvenzverwalter⁴⁷¹. Verfügt der Eigentümer im Voraus über die genannten Ansprüche, ist der Grundpfandgläubiger über §§ 1123 Abs. 2, 1124 BGB davor geschützt.

2. Eigenkapitalersatzrecht und Durchsetzbarkeit des Miet-/Pachtzinsanspruchs

Treffen aber eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung und Zwangsverwaltung zusammen, kann die Durchsetzung des Miet- bzw. Pachtzinsanspruchs für den Zwangsverwalter Schwierigkeiten bereiten. Ist der Eigentümer nämlich gleichzeitig der Gesellschafter einer GmbH⁴⁷² und hat er sein Grundstück in eigenkapitalersetzender Weise der Gesellschaft überlassen und ist über das Vermögen der Gesellschaft selbst das Insolvenzverfahren eröffnet worden⁴⁷³, stellt sich in diesem Zusammenhang folgende Frage: Ist es dem Zwangsverwalter möglich auch vom Insolvenzverwalter der Gesellschaft den Miet- bzw. Pachtzins oder Nutzungsentgelt zu fordern oder kann der Insolvenzverwalter dem Zwangsverwalter den eigenkapitalersetzenden Charakter der Nutzungsüberlassung entgegenhalten, so dass er die Zahlung ablehnen und dafür die Einnahmen aus Vermietung bzw. Verpachtung für die Insolvenzmasse nutzen kann⁴⁷⁴. Letztlich resultiert diese Fragestellung aus den sich widersprechenden Interessen von Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter.

⁴⁷⁰ Dadurch wurde der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ zugunsten des Realkredits und zu Lasten der Mieter bzw. Pächter durchbrochen, was sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich bedeutsam ist. Würde dieses Sonderkündigungsrecht fehlen, würden die Beleihungsgrenzen für vermietete Grundstücke nämlich erheblich sinken. *Stöber*, ZVG, § 57 a Anm. 2.2.

⁴⁷¹ OLG Brandenburg ZIP 2000, 1533; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 91; vgl. (allerdings zu Besonderheiten der GesO) OLG Brandenburg NZI 2001, 257, 258 f. (dort auch zu den zeitlichen Grenzen).

⁴⁷² Sofern keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist, sind GmbH & Co. OHG und GmbH & Co. KG gemäß §§ 129 a, 172 a HGB gleichgestellt. – Zur Einbeziehung von Aktiengesellschaften bezüglich solcher der Aktionäre, die nicht nur als Kapitalanleger Aktien halten, sondern zudem unternehmerisch an der Gesellschaft beteiligt sind, vgl. BGHZ 90, 381; *Rümker*, ZGR 1988, S. 494, 501 ff.; *Karsten Schmidt*, AG 1984, S. 12 ff.

⁴⁷³ Eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung kann ohne Probleme mit einer Zwangsversteigerung zusammentreffen, weil die Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung den Gläubiger einer Immobiliarsicherheit nicht an der Durchführung dieses Verfahrens hindert. Vgl. *Haas/Dittrich*, in: *von Gerkan/Hommelhoff* (Hrsg.), Handbuch Kapitalersatzrecht, Rn. 8.104.

⁴⁷⁴ Vgl. zu diesem Themenkomplex BGHZ 140, 147; OLG Karlsruhe ZIP 1993, 1072; OLG Karlsruhe ZIP 1997, 1757; OLG Düsseldorf ZIP 1998, 1910; OLG Köln ZIP 1998, 1914; OLG München ZIP 1998, 1917; *Brandes*, in: *Priester/Timm* (Hrsg.), Abschied von der Betriebsspaltung?, S. 43 ff.; *Lauer*, WM 1990, S. 1693 ff.; *Gehrlein*, NZG 1998, S. 845 ff.; *Gnamm*, WM 1996, S. 189 ff.; *Heublein*, ZIP 1998, S. 1899 ff.;

a) *Eigenkapitalersatzrecht*

Ausgangspunkt aller zur Beantwortung dieser Frage erforderlichen Überlegungen sind die Regeln zum Eigenkapitalersatz⁴⁷⁵. Gesellschafter, die der Gesellschaft in der Krise ein Darlehen gewährt haben, können nach § 32 a Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO den Rückgewähranspruch im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangige Insolvenzgläubiger geltend machen. Hat die Gesellschaft das Darlehen im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach an den Gesellschafter zurückgezahlt, ist der Betrag nach § 32 b S. 1 GmbHG der Gesellschaft und damit der Insolvenzmasse zu erstatten⁴⁷⁶. Diese Regeln gelten nach §§ 32 a Abs. 3 S. 1, 32 b S. 4 GmbHG sinngemäß auch für Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen.

(1) *Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz*

Bei einer Nutzungsüberlassung ist das der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Recht zur Nutzung des Grundstückes Gegenstand der eigenkapitalersetzenden Leistung des Gesellschafters und wird wirtschaftlich der Zuführung von neuem Kapital in das Gesellschaftsvermögen gleichgestellt⁴⁷⁷. Eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft lässt sich durch eine Nutzungsüberlassung freilich nicht beheben. Dies ist aber nicht entscheidend, da der insolvenzreifen oder zumindest ohne Hilfe des Gesellschafters nicht überlebensfähigen Gesellschaft durch die Vermietung oder Verpachtung eines Gegenstandes immerhin die Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebes ermöglicht wird, ohne dass ihr das erforderliche zusätzliche Eigenkapital zugeführt wird⁴⁷⁸. Nach außen wird damit der Anschein einer mit genügend Kapital ausgestatteten und daher überlebensfähigen Gesellschaft erweckt oder gar ein Insolvenzverfahren verschleppt⁴⁷⁹. Die Gebrauchsüberlassung wirkt somit dann eigenkapitalersetzend,

Jungmann, ZIP 1999, S. 601 ff.; *ders.*, Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz, S. 124; *Michalski*, NZG 1998, S. 41 ff.; *Wenzel*, WiB 1997, S. 119 ff.; vgl. auch *Uhlenbruck*, in: FS *Heinsius*, S. 841 ff.; *Hueck*, ZGR 1989, S. 216 ff.

⁴⁷⁵ Statt aller zum Kapitalersatzrecht: von *Gerkan/Hommelhoff* (Hrsg.), Handbuch Kapitalersatzrecht.

⁴⁷⁶ Seit Inkrafttreten des Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetzes (KapAEG vom 20. April 1998, BGBl. I, S. 707) am 24. April 1998 sind diejenigen Gesellschafter nach § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG ausgenommen, die mit 10 oder weniger Prozent am Stammkapital beteiligt sind. Kritisch dazu (aus unterschiedlichen Gründen) *Altmeppen*, ZIP 1996, S. 1455; *Dauner-Lieb*, DStR 1998, S. 609 ff.; *Karsten Schmidt*, ZIP 1996, S. 1586 ff.

⁴⁷⁷ Ständige Rechtsprechung: BGHZ 109, 55 (Lagergrundstück I); bestätigt in BGHZ 121, 31 (Lagergrundstück II); 127, 1 (Lagergrundstück III); 127, 17 (Lagergrundstück IV); ungeachtet einiger Unterschiede in den Einzelheiten aus der Literatur: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 138 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 32 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a, b Rn. 106.; vgl. *Michalski*, NZG 1998, S. 41 m.w.N.; a.A. *Karsten Schmidt*, ZIP 1990, S. 69 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b, Rn. 127; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 32 a KO Anm. 6 c); vgl. auch *Priester*, in: *Priester/Timm* (Hrsg.), Abschied von der Betriebsaufspaltung?, S. 22 f.

⁴⁷⁸ *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 174.

⁴⁷⁹ von *Gerkan/Haas/Dittrich*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 812 f.; 813.

wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich die Gesellschaft bereits in einer Krise befand; sie also kreditunwürdig war⁴⁸⁰. Dies setzt voraus, dass die Gesellschaft im Moment der Nutzungsüberlassung von dritter Seite keine Unterstützung mehr erhalten hätte⁴⁸¹, mithin die Überlassung einem Drittvergleich nicht standhält, weil kein Außenstehender dazu bereit war, der Gesellschaft Kapital zu marktüblichen Bedingungen zum Erwerb des genutzten Gegenstands zur Verfügung zu stellen⁴⁸². Ebenso wie beim Darlehen ist eine erst nach Eintritt der Insolvenzreife, also Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, sowie eine zu Sanierungszwecken erfolgte Nutzungsüberlassung ausnahmslos eigenkapitalersetzend⁴⁸³. Als zusätzliches Kriterium wird für den Fall der Nutzungsüberlassung die Überlassungsunwürdigkeit⁴⁸⁴ der Gesellschaft verlangt, die vorliegt, wenn kein Dritter der Gesellschaft den Gegenstand zur Nutzung überlassen hätte. Darüber hinaus ist eine Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters für die Umqualifizierung einer Gesellschafterleistung erforderlich, an die letztlich auch seine Finanzierungsfolgenverantwortung knüpft⁴⁸⁵. Eigenkapitalersatz ist aber auch in dem Fall gegeben, wenn die Gesellschaft im Moment der Überlassung zwar noch „gesund“ war, später aber Überschuldung oder Kredit- und Überlassungsunwürdigkeit eingetreten ist, und der Gesellschafter den Gegenstand „stehen gelassen“ und nicht abgezogen hat⁴⁸⁶.

(2) Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung

Das zunächst äußerst umstrittene Problem der Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung ist durch die Grundsatzentscheidungen des BGH⁴⁸⁷ zumindest für die rechtsanwendende Praxis positiv entschieden⁴⁸⁸, auch wenn Einzelheiten noch streitig sind⁴⁸⁹. Nach gefestigter Rechtsprechung und herrschender Literatur muss die Zinszahlung nach § 30

⁴⁸⁰ BGH 109, 55, 62 f.; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 33 a, 32 b Rn. 128, 41.

⁴⁸¹ BGHZ 109, 5, 58; a. A. *Karsten Schmidt*, ZIP 1990, S. 69, 74: „Einer Darlehensgewährung i.S.d. § 32 a GmbHG kann die Gebrauchsüberlassung nicht ‚wirtschaftlich entsprechen‘, weil der Fall des Eigenkapitalersatzes durch Gebrauchsüberlassung [...] nichts mit dem Thema des § 32 a GmbHG zu tun hat. Die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital, ausgedrückt in Bilanzpassivposten, steht hier nicht zur Diskussion“.

⁴⁸² BGH 109, 55, 62 f.; *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 187; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 33 a, 32 b Rn. 128, 41; *von Gerkan/Haas/Dittrich*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 821.

⁴⁸³ *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 8.22; vgl. BGHZ 109, 55, 62 f.; BGHZ 121, 31, 38; *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 186.

⁴⁸⁴ Zur Differenzierung zwischen Standard- und Spezialwirtschaftsgütern: BGHZ 109, 55, 63 f.; ausführlich dazu *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 57 f.; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a Rn. 108 ff; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 142.

⁴⁸⁵ *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 189; BGHZ 127, 336, 344 f.; *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 2.22.

⁴⁸⁶ BGHZ 109, 55, 60 f.; vgl. zu den näheren Voraussetzungen BGHZ 75, 334; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 143 f.

⁴⁸⁷ insbesondere BGHZ 127, 1 (Lagergrundstück III); 127, 17 (Lagergrundstück IV).

⁴⁸⁸ *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 173.

⁴⁸⁹ Weiterhin ablehnend: *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 127; *Karsten Schmidt*, ZIP 1990, S. 69; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 32 a Rn. 88..

GmbHG bereits vor der Insolvenz der Gesellschaft stets dann entfallen, wenn es der Gesellschaft nicht mehr möglich ist, die Ansprüche aus ihrem Vermögen zu begleichen, ohne dadurch das Stammkapital anzugreifen⁴⁹⁰. Die Rechtsfolgen sind noch gravierender, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet ist, denn ab da ist jede Zinszahlung ausgeschlossen (§ 32 a Abs. 1 GmbHG analog) und der Insolvenzverwalter darf das Nutzungsrecht verwerten, indem er es entweder selbst ausübt oder Dritten überlässt⁴⁹¹.

Sollte die Nutzungsmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen fehlschlagen, haben die Gesellschaft und damit die Insolvenzgläubiger dieses Risiko zu tragen. Der Insolvenzverwalter ist nicht dazu berechtigt, die Masse durch Verwertung der Sachsubstanz des Grundstückes zu erweitern⁴⁹². Es kommt daher auch nicht zu einer Umgestaltung der dinglichen Zuordnung des im Eigentum des Gesellschafters stehenden Grundstückes⁴⁹³. Schließlich soll der Gesellschafter über die Regeln zum Eigenkapitalersatz nur an seinem Finanzierungsopfer festgehalten werden. Da der Gläubiger eine Finanzierungsverantwortung⁴⁹⁴ trägt, die er durch die Nutzungsüberlassung verletzt hat, muss er auch die Finanzierungsfolgenverantwortung⁴⁹⁵ übernehmen; weitere Leistungen hat er darüber hinaus aber nicht zu erbringen.

Der Gesellschafter kann seinen Aussonderungsanspruch während der Nutzungsdauer durch den Insolvenzverwalter nicht durchsetzen, sondern erst ab dem vertraglich vereinbarten nächstmöglichen Kündigungstermin⁴⁹⁶. Existiert keine derartige vertragliche Vereinbarung und lässt sich diese auch nicht durch einen entsprechenden hypothetischen Parteiwillen ergänzen, so kann der Insolvenzverwalter das Nutzungsrecht sogar bis zur endgültigen Befriedigung aller Gläubiger ausüben⁴⁹⁷. Wurde ein Kündigungsrecht vereinbart, das speziell auf den Insolvenzfall ausgerichtet ist, oder war die vertragliche Laufzeit nicht ernstlich gewollt und

⁴⁹⁰ BGHZ 109, 55, 66; vgl. auch BGHZ 67, 171, 178 ff.; 7, 326, 334; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 63; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 131.

⁴⁹¹ BGHZ 127, 1; 127, 17; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 147 u. Rn. 155; *Haas/Dittrich*, in: *von Gerkan/Hommelhoff* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 8.68 ff.; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 125 f.; kritisch *Karsten Schmidt*, ZIP 1993, S. 161, 169.

⁴⁹² *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 71.

⁴⁹³ BGHZ 127, 1, 8; heute h.M.: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 146 f.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 71 m.w.N.; insoweit zustimmend *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 131; a.A. *Drygala*, Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, S. 67 ff.; *Drygala*, BB 1992, S. 80, 81; *Braun*, ZIP 1983, S. 1175, 1180.

⁴⁹⁴ Allgemein zur Finanzierungsverantwortung *Rümker*, ZGR 1988, S. 494 ff.; kritisch zu diesem Begriff *Grünwald*, GmbHR 1997, S. 7, 9.

⁴⁹⁵ *Michalski/Heidinger*, GmbHG §§ 32 a, 32 b Rn. 174; vgl. dazu auch *Jungmann*, ZIP 1999, S. 601, 606 f.

⁴⁹⁶ BGHZ 127, 1, 10; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a, b Rn. 113 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 149 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 74; a.A. (überhaupt kein Kündigungsrecht) *Brandes*, ZGR 1989, S. 244, 248.

⁴⁹⁷ *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a, b Rn. 114; *Haas/Dittrich*, in: *von Gerkan/Hommelhoff* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn. 872 ff.; a.A. (aber nur bis zur Betriebsstilllegung) *Kallmeyer*, GmbHR 1994, S. 290, 294; *ders.*, GmbHR 1999, S. 59, 60.

daher gerade sehr kurz bemessen, gilt nichts anderes⁴⁹⁸. Nichtsdestotrotz können sich Insolvenzverwalter und Gesellschafter über die Herausgabe des Gegenstandes einigen, insbesondere kann die Zahlung eines Ablösebetrages vereinbart werden⁴⁹⁹.

(c) Insolvenzordnung und Kapitalersatzregeln

Auch nach Einführung der Insolvenzordnung behält diese Rechtsprechung ihre Gültigkeit⁵⁰⁰, da den Entscheidungen des BGH zum Eigenkapitalersatzrecht vom Dezember 1998⁵⁰¹ bzw. den nachfolgenden Urteilen⁵⁰² keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die auf das Gegenteil hindeuten. Nach der Insolvenzordnung sind Rückgewähransprüche aus eigenkapitalersetzenden Darlehen zwar nicht mehr von der Geltendmachung ausgeschlossen, können aber nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur noch als nachrangige Insolvenzforderungen geltend gemacht werden. Ihr wirtschaftlicher Wert ist hiervon nicht berührt⁵⁰³, denn nachrangige Insolvenzforderungen können nur dann befriedigt werden, wenn zuvor auf alle einfachen Insolvenzforderungen gezahlt wurde, was in der Praxis äußerst selten sein dürfte. Die wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit dieses Rückgewähranspruchs zeigt sich auch an seinem Rang, da er in der Rangfolge des § 39 Abs. 1 InsO an letzter Stelle rangiert.

Überdies erfuhr die für das Eigenkapitalersatzrecht maßgebliche Vorschrift des § 32 a GmbHG durch die Einführung der Insolvenzordnung nur eine redaktionelle und keine sachliche Änderung⁵⁰⁴. Da sich der Gesetzgeber nicht mit der Rechtsprechung des BGH auseinander gesetzt hat, kann weder aus der Insolvenzordnung noch aus den Beratungen hierzu entnommen werden, dass von einer Änderung der Rechtsprechung ausgegangen wurde⁵⁰⁵.

b) Vorrang der Zwangsverwaltung

Während des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzverwalter das in eigenkapitalersetzender Weise überlassene Grundstück somit ohne Entrichtung eines Entgelts an den Gesellschafter nutzen und hierdurch eine Anreicherung der Masse erzielen. Ist das Grundstück allerdings mit Immobiliarsicherheiten belastet, die zugunsten von Gläubigern des Gesellschafters bestellt

⁴⁹⁸ Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 151 f.; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 131; vgl. auch Karsten Schmidt, ZIP 1993, S. 161, 169.

⁴⁹⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG, § 32 a Rn. 72.

⁵⁰⁰ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 127; skeptisch Kallmeyer, GmbHR 1999, S. 59 ff.; ebenso zaghaft Habersack, ZGR 1999, S. 424, 239 f.

⁵⁰¹ BGHZ 140, 147.

⁵⁰² BGH NZI 2000, 211 sowie BGH NZI 2000, 470.

⁵⁰³ Deutlich wird dies bereits an § 174 Abs. 3 InsO. Danach können nachrangige Insolvenzforderungen nur dann zur Tabelle angemeldet werden, wenn das Insolvenzgericht besonders dazu auffordert.

⁵⁰⁴ BT-Drucks. 12/3808, S. 86 f.; vgl. den Vorschlag von Grunewald, GmbHR 1997, S. 7, 10, zur gänzlichen Abschaffung von §§ 32 a, 32 b GmbHG und § 135 InsO.

⁵⁰⁵ Jungmann, Grundpfandgläubiger, S. 127.

sind, und betreibt einer dieser Gläubiger die Zwangsverwaltung, schwindet die für den Insolvenzverwalter so vorteilhafte Stellung zusehends⁵⁰⁶.

Umstritten ist indes, ob dies so zutrifft⁵⁰⁷ oder ob sich nicht auch der Zwangsverwalter den Eigenkapitalersatzcharakter entgegenhalten lassen muss⁵⁰⁸. Nach Ansicht des BGH haben Immobiliarsicherheiten Dritter zwar generell keinen Vorrang gegenüber den Eigenkapitalersatzregeln⁵⁰⁹, jedoch endet das Nutzungsrecht des Insolvenzverwalters analog §§ 148, 152 Abs. 2 ZVG i.V.m. §§ 1123, 1124 Abs. 2 BGB mit dem Wirksamwerden des durch die Zwangsverwaltung erlassenen Beschlagnahmebeschlusses⁵¹⁰, sofern das überlassene Grundstück mit einem Grundpfandrecht belastet war. In diesem Fall gebührt daher der Zwangsverwaltung der Vorrang. Der BGH hat hierbei die Interessen der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten mit denen der Insolvenzgläubiger abgewogen. Wird die Nutzungsüberlassung in haftendes Eigenkapital umqualifiziert, sei darin eine Stundung zu sehen, die einer Verfügung im Sinne von § 1124 BGB gleichzustellen ist⁵¹¹. Daher könne der Eigenkapitalersatzcharakter dem Zwangsverwalter in dem Zeitraum entgegengehalten werden, in dem eine Verfügung über den Zinsanspruch dem Grundpfandgläubiger gegenüber wirksam wäre. Für den Zeitraum nach der Beschlagnahme als Zäsur besteht daher ein Anspruch des Zwangsverwalters gegen den Insolvenzverwalter auf Nutzungsentgelt.

Zu diesem Ergebnis gelangt man aber auch über die Feststellung, dass es keine Rechtsnorm gibt, die den Einwand der Kapitalersatzfunktion der Nutzungsüberlassung auch dem Zwangs-

⁵⁰⁶ Der Zeitpunkt der Beschlagnahme ist daher auch in diesem Fall maßgeblich (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b, Rn 156; vgl. auch *Habersack*, ZGR 1999, S. v427, 435).

⁵⁰⁷ OLG München ZIP 1998, 1917; *Gnamm*, WM 1996, S. 189 ff.; *Lauer*, WM 1990, S. 1693 ff.; *Michalski*, NZG 1998, S. 41 ff.; *Wenzel*, WiB, 1997, S. 119 ff. – Ebenso (nach der Grundsatzentscheidung des BGH): *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 131; *Michalski/Heidinger*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 303 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 156; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 75; *Erman/Wenzel*, BGB, § 1123 Rn. 6 f.; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1123 Rn. 6; *Braun/Bäuerle*, InsO, § 49 Rn. 31 f.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 165 Rn. 23; *MünchKomm/Lwowski*, InsO, § 165 Rn. 147 f.; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, § 165 Rn. 91; *Jungmann*, ZIP 1999, S. 601 ff. (mit anderer Begründung); *Habersack*, ZGR 1999, S. 427 ff.; *Pohlmann*, DStR 1999, S. 595 ff.; *Michalski/Barth*, NZG 1999, S. 277 ff.; *Depré*, DZWIR 1999, S. 249 ff.; im Ergebnis auch *Wahlers*, GmbHR 1999, S. 157 ff.

⁵⁰⁸ OLG Düsseldorf ZIP 1998, 1910; OLG Köln ZIP 1998, 1914; OLG Karlsruhe NZG 1998, 77; *Heublein*, ZIP 1998, S. 1899; *MünchKomm/Eickmann*, BGB, § 1123 Rn. 12 a.

⁵⁰⁹ BGHZ 140, 147; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §§ 32 a, 32 b Rn. 131; a.A. *Wenzel*, WiB 1997, S. 122 f.

⁵¹⁰ BGHZ 140, 147, bestätigt von BGH ZIP 2000, 455; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32 a/b Rn 155 ff; hierzu auch *Jungmann*, ZIP 1999, S. 601 ff.; *Habersack*, ZGR 1999, S. 427 ff.; *Michalski/Barth*, NZG 1999, S. 277 ff.; *Pohlmann*, DStR 1999, 595 ff.; *Wahlers*, GmbHR 1999, S. 157 ff. (kritisch zur Begründung); *Goette*, DStR 1999, S. 37 f.; *Depré*, DZWIR 1999, S. 249 ff.; *Haas/Dittrich*, in: *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, Rn 8.95 ff. – Vgl. *Dahl*, NZI 2003, S. 191 ff., zu Fragen des taktischen Vorgehens der Gläubiger von Immobiliarsicherheiten. Zum Kündigungsrecht des Zwangsverwalters vgl. OLG Dresden ZInsO 2003, 227; ungenau *Welsch*, DZWIR 2000, S. 139, 140 f.

⁵¹¹ BGHZ 140, 147, 154 f.; ebenso *Habersack*, ZGR 1999, S. 427, 434; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1123 Rn.6; *Michalski*, NZG 1998, 41, 42.

verwalter gegenüber aufrechterhält⁵¹². § 152 Abs. 2 ZVG greift nicht, da der Einwand einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung nicht aus dem Mietverhältnis, sondern auf dem Gesellschaftsverhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Gesellschaft beruht. Eine analoge Anwendung von § 404 BGB ist ebenso ausgeschlossen, denn in zeitlicher Hinsicht erfasst diese Norm die hier gegebene Situation nicht⁵¹³. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten passen aber die hinter den §§ 1123 Abs. 2, 1124 BGB stehenden Erwägungen auch bei der eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung. Verfügungen über den Miet- bzw. Pachtzins sind nur in den zeitlichen Grenzen des § 1124 Abs. 2 BGB Grundpfandgläubigern gegenüber wirksam. Da der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit den Grundstückswert bereits lange vor der Nutzungsüberlassung, die wie Eigenkapitalersatz wirkt, bemessen wird und damit Faktoren wie Beleihungsgrenze, Rendite etc. zu kalkulieren hat, ist er vor der Aushöhlung seiner Sicherheit zu schützen, was über § 1124 Abs. 2 BGB erreicht wird. Anders nämlich als bei einer tatsächlichen Verschlechterung im Sinne von §§ 1134, 1135 BGB wird der Gläubiger als Außenstehender kaum erkennen können, ob sich das Grundstück „rechtlich“ verschlechtert hat⁵¹⁴. Erfolgt die Bestellung der Immobiliarsicherheit hingegen zu einem Zeitpunkt, bei dem sich die Gesellschaft bereits in der Krise befindet, insbesondere nach Eintritt der Insolvenzreife, sind wirtschaftlich betrachtet jegliche Erwägungen, die Situation anders zu bewerten, ausgeschlossen⁵¹⁵.

VI. Exkurs: Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Immobilienleasing in der Insolvenz

Wie bereits angesprochen werden die in Spanien auch als Immobiliarsicherheiten zur Anwendung kommenden Sicherheiten wie Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung in Deutschland ausschließlich als Mobiliarsicherheiten verwendet. Denn in Deutschland bedürfte die Sicherungsübereignung von Grundstücken etwa der notariellen Beurkundung (§ 311 b.

⁵¹² Für eine Verfügung mangelt es bereits an einem rechtsgeschäftlichen Handeln, so OLG Düsseldorf ZIP 1998, 1910, 1913; *Heublein*, ZIP 1998, S. 1899, 1903; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 128; *ders.*, ZIP 1999, S. 601, 604 f.

⁵¹³ Vgl. *Jungmann*, ZIP 1999, S. 601, 604 gegen *Heublein*, ZIP 1998, S. 1899, 1902 f.

⁵¹⁴ OLG Düsseldorf ZIP 1998, 1910, 1913 f.; *Jungmann*, Grundpfandgläubiger, S. 129; *ders.*, ZIP 1999, S. 601, 606 f.

⁵¹⁵ *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rn. 74; *MünchKommInsO/Lwowski*, § 165 Rn. 248; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, S. 2336, 2349; *Habersack*, ZGR 1999, S. 427, 438 f.; *Pohlmann*, DStR 1999, S. 595, 599; *Michalski/Barth*, NZG 1999, S. 277, 281; *Dahl*, NZI 2003, S. 191, 192 f.; in diese Richtung wohl auch *Goette*, DStR 1999, S. 37, 38. – Die konträre Ansicht müsste sich außerdem darüber hinwegsetzen, dass die Qualifizierung einer Nutzungsüberlassung als eigenkapitalersetzend an der dinglichen Zuordnung des Grundstückes nicht ändert.

BGB), müsste im Grundbuch eingetragen werden und würde die Grunderwerbssteuerpflicht auslösen (§ 1 GrEStG)⁵¹⁶. Dies aber wäre umständlich und mit hohen Kosten verbunden.

Im Folgenden wird darum die insolvenzrechtliche Behandlung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung lediglich in einem knappen Exkurs dargestellt, in dem auch auf das Immobilienleasing kurz eingegangen werden soll.

1. Eigentumsvorbehalt

Der einfache Eigentumsvorbehalt verleiht dem Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Käufers ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO, es sei denn, der Insolvenzverwalter hat gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung gewählt⁵¹⁷. In der Insolvenz des Verkäufers ist das Wahlrecht des Insolvenzverwalters hingegen nach § 107 Abs. 1 InsO ausgeschlossen. Der Insolvenzverwalter kann das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers nicht durch eine Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages beseitigen. Solange der Käufer vertragstreu bleibt, ist der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, die Kaufsache zurückzuverlangen. Das Anwartschaftsrecht ist daher insolvenzfest⁵¹⁸.

2. Sicherungsübereignung

In der Insolvenz des Sicherungsnehmers verfügt der Sicherungsgeber nach allgemeiner Meinung über ein Aussonderungsrecht⁵¹⁹. Voraussetzung ist jedoch, dass er die gesicherte Forderung – auch wenn er nur einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch hat – zurückgezahlt hat, da wegen der Erfüllung der gesicherten Forderung das Sicherungsgut im Außenverhältnis des Sicherungsnehmers zu seinen Gläubigern nicht aus dem Vermögen des Sicherungsgebers ausgeschieden ist und sich der Sicherungsnehmer nicht mehr aus dem Sicherungsgut befriedigen kann. Überwiegend wird angenommen, dass der Sicherungsgeber berechtigt ist, die gesicherte Forderung vor der vereinbarten Fälligkeit zu erfüllen⁵²⁰. Im Fall der Insolvenz des Sicherungsgebers ist in § 51 Nr. 1 InsO ausdrücklich geregelt, dass dem Sicherungsnehmer kein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht zusteht⁵²¹. Das Gesetz bezieht sich hier

⁵¹⁶ *MünchKomm/Ganter*, InsO, § 51 Rn. 49, § 47 Rn. 51 ff.

⁵¹⁷ *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 238; *Niesert*, InVO 1998, S. 89 ff; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 43 Rn. 7 ff.

⁵¹⁸ *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 43 Rn. 6; *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 298.

⁵¹⁹ RGZ 94, 305, 307; BGH WM 1962, 181; 1965, 85; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, 1970, § 35 Abs. 2 S. 2 c; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, S. 445; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 240; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 73 II 1; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42 Rn. 49.

⁵²⁰ *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II, Rn. 14.24; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, § 35 Abs. 2 S. 2 c; a.A. *Jaeger/Henckel*, KO, § 43 Rn. 41 a.

⁵²¹ *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 43 Rn. 50 f.

nur auf bewegliche Sachen, die zur Sicherung übereignet wurden. Durch diese Regelung wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Sicherungsübertragung bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Pfandrecht näher steht als dem Eigentum⁵²².

3. Immobilienleasing

Immobilienleasing wird in Deutschland weitgehend wie sonstige Finanzierungsleasingverträge behandelt⁵²³. Sowohl in der Insolvenz des Leasingnehmers, als auch in der des Leasinggebers bestehen die Leasingverträge über unbewegliche Gegenstände grundsätzlich mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort (§ 108 InsO). Dem Verwalter wird die Auflösung dieser Verträge jedoch erleichtert. Im eröffneten Verfahren über das Vermögen des Leasingnehmers ist danach zu unterscheiden, ob das Leasinggut diesem schon übergeben war oder ob es sich noch im Besitz des Leasinggebers befindet⁵²⁴. Bei Überlassung vor der Insolvenzeröffnung kann der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündigen (§ 109 InsO, § 580 a BGB⁵²⁵). Solange der Verwalter den Pflichten aus dem Leasingvertrag nachkommt, hat der Leasinggeber kein eigenes Kündigungsrecht. Mietforderungen des Leasinggebers, die vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind, sind einfache Insolvenzforderungen; während des Insolvenzverfahrens entstehende Mietzinsforderungen sind hingegen Masseschuldansprüche (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)⁵²⁶. Nachteile, die der Leasinggeber durch die vorzeitige Vertragsauflösung aufgrund der Kündigung des Insolvenzverwalters erleidet, sind einfache Insolvenzforderungen (§ 109 Abs. 1 S. 2 InsO), sofern der Leasinggeber nicht über Sicherheiten verfügt⁵²⁷. Dem Verwalter steht das Verwertungsrecht zu (§ 166 InsO)⁵²⁸. Ist dem Leasingnehmer das Leasinggut zur Zeit der Insolvenzeröffnung noch nicht überlassen worden, stehen sowohl dem Verwalter als auch dem Leasinggeber ein Rücktrittsrecht zu (§ 109 Abs. 2 InsO)⁵²⁹.

⁵²² Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht, Bd. I, S. 219; Niesert, InVO 1998, S. 141.

⁵²³ Leible, Finanzierungsleasing und „Arrendamiento financiero“, S. 42.

⁵²⁴ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 100 Rn. 9.

⁵²⁵ BGH KTS 2003, 237.

⁵²⁶ OLG Hamm ZIP 1992, 1563.

⁵²⁷ Als Sicherheit kommt vor allem das gesetzliche Vermieterpfandrecht an den beweglichen Sachen, der der Leasingnehmer auf das Grundstück gebracht hat (§ 559 BGB), in Betracht.

⁵²⁸ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 100 Rn. 12.

⁵²⁹ Hierbei ist § 109 Abs. 2 S. 2 InsO zu beachten, vgl. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 100 Rn. 13.

*Siebentes Kapitel***Rechtsvergleichende Zusammenfassung und Ausblick**

Der Wert einer Immobiliarsicherheit offenbart sich erst in der Insolvenz des Schuldners. Zum einen gilt es, einen Forderungsausfall des gesicherten Gläubigers zu verhindern, zum anderen die Gefahr einer verzögerten oder gar aussichtslosen Verwertung der Immobilie abzuwenden. Wie alle anderen Kreditsicherheiten¹ müssen sich also auch Immobiliarsicherheiten gerade in der Insolvenz bewähren.

Vor diesem Hintergrund sollen nun die Insolvenzrechtsvorschriften des spanischen und des deutschen Rechts auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede hin untersucht werden. Da ein vollständiger Rechtsvergleich den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, beschränkt sich die rechtsvergleichende Betrachtung auf die zentralen Problemkreise, die für die insolvenzrechtliche Behandlung der Immobiliarsicherheiten ausschlaggebend sind. Dabei handelt es sich um die Rangfolge der gesicherten Forderungen, die Nachrangigkeit der gesicherten Forderungen, die Anfechtung und die abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen. Nur am Rande sollen die in Spanien auch als Immobiliarsicherheiten gebräuchlichen Rechtsinstitute des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung erwähnt werden. Denn diese werden in Deutschland nur als Mobiliarsicherheiten verwendet. Einem echten Vergleich sind sie damit nicht zugänglich und als Mobiliarsicherheiten auch nicht Thema dieser Arbeit.

Immer wieder soll dabei die Frage in den Mittelpunkt gerückt werden, ob das spanische oder das deutsche Recht besser geeignet ist, Immobiliarsicherheiten in der Insolvenz zu schützen – zunächst im Rahmen der Betrachtung der einzelnen zentralen insolvenzrechtlichen Regelungen und anschließend in einer Gesamtschau. Abschließend soll nach weiteren Verbesserungsmöglichkeiten der Rechtsposition von Grundpfandgläubigern im spanischen Konkurs gesucht werden.

¹ Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, S. 308; Eckardt, ZIP 1999, S.1734.

A. Rangfolge

I. Reform der Rangfolge der Forderungen in Spanien

Die Rangfolge der Forderungen im Konkurs wurde durch die spanische Konkursrechtsreform verändert (vgl. hierzu ausführlich 3. Kapitel). Grundanliegen des Gesetzgebers war es dabei, die zahlreichen Privilegien zu reduzieren und die Stellung der einfachen Gläubiger zu verbessern. Dieses Leitmotiv ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Zweifelsohne hat die Reform diesbezüglich auch einige Erfolge vorzuweisen. Dem stehen jedoch etliche Unvollkommenheiten gegenüber, die im Gesetzgebungsverfahren nicht mehr ausgeräumt wurden. Der spanische Gesetzgeber hat damit die Gelegenheit versäumt, einen Schlüsselbereich des Konkursrechtssystems an die Anforderungen der heutigen Wirklichkeit anzupassen. Er hätte zudem die Frage der Privilegien entschlossener und rigoröser handhaben und gleichzeitig mehr Zurückhaltung im Bereich der nachrangigen Forderungen üben können.

Der spanische Gesetzgeber hat zwar eine „drastische“ Reduzierung der Privilegien angekündigt, die Minimierung ist aber weder so umfassend ausgefallen, wie dies vom Gesetzgeber proklamiert wurde, noch so bedeutend, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn die Zahl und der Umfang der Privilegien sind seit dem Gesetzesentwurf von 1995 (*Propuesta de Ley Concursal*) bis zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens sogar noch angestiegen. Gründe für diese Entwicklung sind zum einen die Einflussnahme und die Druckausübung bestimmter Interessenvertreter (Lobbyisten), zum anderen aber auch das Weiterverfolgen einer traditionalistischen Linie². Diese Linie hätte aber nicht einfach unkritisch in die heutige Zeit übernommen werden dürfen, sondern einer entsprechenden Anpassung bedurft.

Zu den Unzulänglichkeiten zählt vor allem das Festhalten an den Privilegien öffentlich-rechtlicher Forderungen, wie denen des Finanzwesens oder der Sozialversicherung, die in der Regel hohe Beträge umfassen. Obwohl die Reichweite der Privilegien begrenzt wurde, werden hierdurch die Aussichten der anderen Gläubiger auf eine Befriedigung, insbesondere die Aussichten der einfachen Gläubiger, die der Gesetzgeber gerade schützen wollte, spürbar gemindert. Zudem wurden neue umstrittene Privilegien eingeführt, wie etwa das Privileg des Gläubigers, der die Konkurseröffnung beantragt hat, und andere Privilegien, die zwar berechtigt erscheinen mögen, die aber dennoch die Befriedigungsmöglichkeit der übrigen Gläubiger empfindlich herabsetzen können (vgl. hierzu ausführlich im 3. Kapitel B.I.2.).

² Alonso Ledesma, in: García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal*, S. 357, 361.

Auf der anderen Seite werden bestimmte Forderungen, die traditionell an erster Rangstelle standen, formell nicht mehr als privilegierte Forderungen eingeordnet, sondern als Forderungen gegen die Masse behandelt und damit weiterhin vor den anderen Forderungen befriedigt. Ebenso sind die Masseforderungen in ihrer Anzahl gestiegen, sei es durch die Fortführung des Unternehmens oder durch die Aufnahme neuer Forderungsarten – wie der kurz vor Konkursöffnung entstandenen Lohnforderungen. Dies führt letztlich aber auch zu einer nachhaltigen Verkürzung der Befriedigungsmöglichkeiten der einfachen Gläubiger.

Schließlich kann die Dichotomie der Systeme über das Zusammentreffen und die Rangfolge der Forderungen innerhalb und außerhalb eines Konkursverfahrens schwere Unstimmigkeiten verursachen, wenn die künftige Regelung der Vorzugsrechte in der Einzelzwangsvollstreckung nicht exakt mit der im Konkursgesetz festgelegten übereinstimmt.

Abschließend kann festgehalten werden, dass zwar die der Reform zugrunde liegenden Überlegungen grundsätzlich zutreffend sind, die gesetzgeberische Gestaltung der Reform aber nicht in der Art und Weise erfolgt ist, wie dies wünschenswert gewesen wäre.

II. Dualität der Rangfolge in Spanien gegenüber einer einheitlichen Regelung in Deutschland

Das spanische Recht ist von einer Zweigeteiltheit der Rangordnungen geprägt. Neben der Neuregelung im Konkurs gelten die alten Regelungen zur Rangordnung in der Einzelzwangsvollstreckung nach dem *Código Civil* fort, so dass zwei unterschiedliche Rangsysteme zur Anwendung kommen (vgl. hierzu ausführlich im 3. Kapitel A.I.). Sieht sich ein Gläubiger durch eine der beiden Regelungen im Vorteil, wird er stets die für ihn günstigere Variante anstreben. Die bestehende Dichotomie animiert die Gläubiger deshalb förmlich dazu, Strategien zur Verbesserung ihrer Stellung zu entwickeln. Derartige Vorgehensweisen der Gläubiger können jedoch dazu führen, dass der Schuldner erst in eine finanziell kritische Situation gerät, und somit eine Konkursöffnung provoziert wird. Dies war vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt. Daher ist im Konkursgesetz der Auftrag zur Neugestaltung der zivilgesetzlichen Rangordnung erteilt worden (D.F. *trigésima* LC). Ein entsprechender Gesetzesentwurf wurde erst relativ spät auf den Weg gebracht, worauf in diesem Kapitel (E.II.) noch näher eingegangen wird.

Diese Dualität der Rangsysteme stellt einen gravierenden Unterschied zum deutschen Recht dar. Denn im Gegensatz zu Spanien besteht in Deutschland eine einheitliche Regelung zur

Rangordnung, die sowohl im Falle einer Gesamtvollstreckung als auch im Falle einer Einzelzwangsvollstreckung gilt. So verweist die Vorschrift des § 49 InsO für die abgesonderte Befriedigung aus Immobiliarsicherheiten auf die Regelungen des Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsgesetzes. Für die Vollstreckung in ein Grundstück existiert somit eine einheitlich geregelte Rangfolge. Der Rang ergibt sich stets aus § 10 ZVG³. Grundpfandgläubiger müssen deshalb in einem Insolvenzverfahren nur die vorherige Befriedigung der Zwangsverwaltungsvorschüsse (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 ZVG) und der Feststellungskosten beweglicher Sachen, die dem Haftungsverband angehören (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG), hinnehmen. Letztere jedoch auch nur dann, wenn ein Insolvenzverwalter bestellt wurde. Diese Kosten sind hierbei pauschal mit vier Prozent des festgesetzten Grundstückswertes anzusetzen (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a ZVG). Zuvor müssen auch die rückständigen öffentlichen Lasten des Grundstücks befriedigt werden, die den letzten vier Jahren entsprechen (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG). Danach folgen die Ansprüche der Grundpfandgläubiger (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG).

Den Gläubigern spanischer Immobiliarsicherheiten – d.h. der Immobiliehypothek, des Eigentumsvorbehalts, des Grundstücksverkaufs unter auflösender Bedingung, des Immobilienleasings, der Antichrese und der foralrechtlichen Immobiliarsicherheiten – werden für ihre gesicherten Forderungen im Konkurs besondere Privilegien bei der Befriedigung eingeräumt, Art. 90 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 LC (vgl. im 3. Kapitel insbesondere A.II.4. c) und A.III.2.b). Bei der Liquidation werden diese besonders privilegierten Forderungen grundsätzlich erst nach den Masseverbindlichkeiten befriedigt, da diese noch vor der Befriedigung der Konkursforderungen von der Masse abgezogen werden (Art. 154 Abs. 1 LC). Allerdings erfolgen diese Vorabzüge zugunsten der Masseforderungen nur zulasten solcher Sachen und Rechte, die nicht zur Befriedigung besonders privilegierter Forderungen bestimmt sind (Art. 154 Abs. 3 LC). Aus diesem Grund haben die Grundpfandgläubiger bei der Verwertung der gesicherten Immobilie die beste Rangstelle. Dient ein Grundstück mehr als einer privilegierten Forderung als Sicherheit, richtet sich die Rangfolge dieser Forderungen nach dem Prioritätsprinzip (Art. 155 Abs. 3 S. 3 LC). Erst danach sind allgemein privilegierte Forderungen zu befriedigen (Art. 156 LC), zu denen die öffentlich-rechtlichen Forderungen – wie etwa Steuerschulden – gehören.

Für die in Spanien als Immobiliarsicherheit verwendete Sicherungsübereignung gelten diese Ausführungen indes nicht, da eine ausdrückliche Privilegierung im Konkursgesetz fehlt. Somit greift Art. 89 Abs. 2 S. 2 LC, der andere als die dort genannten Privilegien für unzulässig erklärt. In der spanischen Gesetzgebung fehlt eine Regelung wie § 51 Abs. 1 InsO, die die Sicherungsübereignung den Pfandrechten gleichstellt und dem Sicherungsnehmer ein Recht

³ Zur Rangfolge vgl. auch *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 42, Rn. 14 ff.

auf abgesonderte Befriedigung zuerkennt (vgl. hierzu im Exkurs im 6. Kapitel B.VI.2.). Im Gegensatz zu Spanien ist die Sicherungsübereignung in Deutschland daher insolvenzfest.

Im Gesamtvergleich zeigt sich deshalb, dass die spanischen Grundpfandgläubiger bei einer Befriedigung aus dem Grundstück im Konkurs hinsichtlich der Rangfolge besser gestellt sind als die deutschen Gläubiger, da sie grundsätzlich keinen vorherigen Abzug etwaiger Kosten und öffentlicher Lasten dulden müssen. Von Nachteil sind jedoch die unterschiedlichen Rangsysteme bei Einzel- und Gesamtvollstreckung. Je nachdem, in welchem System den Gläubigern der für sie bessere Rang zuteil wird, werden sie entsprechende Strategien verfolgen, um das für sie bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Dies führt zwangsläufig zu unvorhersehbaren Benachteiligungen der anderen Gläubiger. Eine vollständige Anpassung der beiden in Spanien existenten Rangordnungen wäre daher wünschenswert gewesen. Ein einfacher Verweis im *Código Civil* auf die Regelung der *Ley Concursal* hätte viele Probleme und Schwierigkeiten vermeiden können.

B. Nachrangigkeit

I. Automatische Nachrangigkeit und Löschung der Sicherheiten in Spanien gegenüber der bloßen Anfechtbarkeit in Deutschland

In Spanien führt bereits der Umstand, dass eine Person mit dem Konkursschuldner besonders verbunden ist oder diesem besonders nahe steht, zur Nachrangigkeit von deren Forderung (Art. 92 Nr. 5 i.V.m. Art. 93 LC)⁴. Innerhalb der Definition der besonders verbundenen Personen wird im spanischen Recht nach natürlichen (Art. 93 Abs. 1 LC) und juristischen Personen (Art. 93 Abs. 2 LC) unterschieden. Dabei werden aber auch Personen, die innerhalb der letzten beiden Jahre vor der Konkurseröffnung Forderungen von den in Art. 93 Abs. 1 und 2 LC geregelten Personen erworben haben, widerleglich als besonders verbunden erachtet (Art. 93 Abs. 3 LC). Wird die besondere Verbindung zum Konkursschuldner von der betroffenen Person nicht angefochten, erklärt der Konkursrichter die für deren Forderungen bestellten Sicherheiten für erloschen und ordnet die Löschung der Registereinträge an (Art. 97 Abs. 2 LC). Eine besondere Nähe zum Konkursschuldner bedeutet daher für die Gläubiger stets die automatische Nachrangigkeit ihrer Forderungen und den Verlust ihrer hierfür bestellten Sicherheiten. Eine Anfechtung der besonderen Verbindung erscheint jedoch nicht Erfolg versprechend, da der Umstand, mit dem Konkursschuldner verwandt, verheiratet, verschwägert oder gesellschaftsrechtlich verbunden zu sein, ohnehin nicht zu widerlegen ist, so dass die Anfechtungs-

⁴ Vgl. im 5. Kapitel A.VI.

möglichkeit ins Leere läuft. Darüber hinaus hat der spanische Gesetzgeber keine zeitliche Begrenzung für die Nachrangigkeit der Forderungen von Personen, die mit dem Schuldner besonders verbunden sind, vorgesehen. Es ist daher völlig irrelevant, wann die Forderung von der besonders nahe stehenden Person erworben wurde.

Im deutschen Insolvenzrecht kommt es hingegen nur in Fällen der Unterkapitalisierung zu einer nachrangigen Befriedigung. Gemeint sind vor allem Forderungen, die auf Schenkungen des Schuldners zurückgehen, d.h. auf eine unentgeltliche Leistung des Schuldners hin erfolgen (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO), oder aber Forderungen auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters bzw. diesen gleichgestellte Forderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO).

Hat eine dem Konkurschuldner nahe stehende Person Rechtsgeschäfte mit diesem abgeschlossen, ist dies eine Frage der Anfechtbarkeit (zur Anfechtung nach deutschem Recht vgl. im 6. Kapitel B.IV.) und nicht etwa der Nachrangigkeit – wie dies in Spanien der Fall ist. Die Definition einer nahe stehenden Person in § 39 InsO weicht hierbei nicht sonderlich von der des spanischen Rechts in Art. 93 LC ab. Bei Ehegatten, Lebenspartnern oder Personen der häuslichen Gemeinschaft fällt lediglich auf, dass sich der Bestand der Verbindung zeitlich an der Vornahme der Rechtshandlung orientiert, im spanischen Recht hingegen am Eröffnungstermin des Konkursverfahrens. Die zeitliche Komponente, d.h. innerhalb welchen Zeitraums vor der Eröffnung Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, richtet sich im deutschen Recht nach den jeweiligen Anfechtungsgründen.

Unterschiede ergeben sich ebenfalls bei der Kapitalbeteiligung, die bei juristischen Personen zur Bestimmung der nahe stehenden Person herangezogen wird. In Deutschland bedarf es zur Qualifizierung als nahe stehende Person einer Beteiligung von mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Die spanische Regelung ist strenger, weil dort bereits eine Beteiligung von mehr als einem Zehntel und bei börsennotierten Gesellschaften sogar von mehr als einem Fünftel am Kapital für eine derartige Einordnung ausreicht (Art. 93 Abs. 2 Nr. 1 LC).

Anders als nach deutschem Recht werden in Spanien auch solche Personen als nahe stehend erachtet, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes von den nach Art. 93 Abs. 1 und 2 LC als nahe stehend qualifizierten Personen Forderungen erworben haben (Art. 93 Abs. 3 LC). Die spanische Regelung ist damit wesentlich weiter als die deutsche.

Nach deutschem Recht wird bei einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahe stand (§ 138 InsO), vermutet, dass sie die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag

(§§ 130 Abs. 3, 132 Abs. 3 InsO) bzw. die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger (§ 131 Abs. 2 S. 2 InsO) kannte. Hierbei handelt es sich jedoch um eine widerlegbare Vermutung, so dass die Beweislast nur zugunsten des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzeröffnungsantrag bzw. Gläubigerbenachteiligung umgekehrt wird. Darüber hinaus ist ein vom Schuldner mit einer nahe stehenden Person geschlossener entgeltlicher Vertrag anfechtbar, der zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt hat und der innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist (§ 133 Abs. 2 InsO). Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der nahe stehenden Person der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt war (§ 133 Abs. 2 S. 2 InsO).

II. Schlussfolgerungen für das spanische Recht

Sowohl die Bevorzugung als auch die Benachteiligung bestimmter Gläubiger im Konkurs beruhen auf rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers bzw. auf dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, der das Ergreifen positiv oder negativ differenzierender Maßnahmen verlangt. Die Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht von Willkür geprägt sein, sondern muss vom Grundsatz der Rationalität getragen werden, der die Grenze seines Handelns darstellt. Die vom spanischen Gesetzgeber in Form der Nachrangigkeit auferlegte Benachteiligung, die er an die Nähe zum Konkurschuldner knüpft, erscheint hingegen ungerechtfertigt und nur wenig rational⁵. Die verwandtschaftliche Verbindung natürlicher Personen ist nicht wirklich mit der Stellung eines Insiders bei juristischen Personen vergleichbar. Nur schwer vorstellbar ist, dass allein die verwandtschaftliche Verbindung den Verwandten zu einem „Insider“, also zu einem „Kenner“ der finanziellen Situation des Schuldners macht, der diesen zum Nachteil seiner Schuldner begünstigen will und der deshalb auszuschalten ist. Denkbar wäre dies höchstens beim Ehegatten⁶ oder bei einem Lebensgefährten, der mit dem Schuldner ohne gesetzliche Verbindung zusammenlebt. Bedenklich ist die Gleichstellung verwandtschaftlicher Beziehungen mit „Insidern“ vor allem deshalb, weil das Konkursverfahren nunmehr einheitlich für alle Unternehmer gilt, ohne Differenzierung nach Größe oder Umfang des Unternehmens. Bei kleineren Unternehmen erscheint es unangemessen, Familienangehörige des Schuldners derart abzustrafen, die in schwierigen Situationen, in denen sich der

⁵ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 394.

⁶ Im englischen Recht ist nach s. 329 *Insolvency Act* aus dem Jahr 1996 nur eine Forderung nachrangig, die aus einem Darlehen mit dem Ehegatten oder mit dem, der zum Zeitpunkt der Konkursöffnung Ehegatte ist, hervorgeht, auch wenn er bei der Gewährung des Darlehens noch keiner war. Vgl. *Fletcher*, *The Law of Insolvency*, S. 277.

Schuldner nur noch an die Familie wenden kann, Hilfe leisten⁷. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, warum nicht auch Forderungen von solchen Personen als nachrangig bewertet werden, die zum Konkurschuldner eine enge Freundschaft unterhalten, da diese gegenüber dem Schuldner eine den Verwandten vergleichbare Position einnehmen. Es ist nicht nachvollziehbar, dass ein befreundeter Gläubiger den vom Konkursgesetz zgedachten Rang erhält (es sei denn, ihm wird ein betrügerisches Verhalten nachgewiesen), während ein vom absolut gutgläubigen Schwager oder Schwiegervater gewährtes Darlehen nachrangig ist. Dies würde faktisch einem Forderungsausfall gleichkommen.

Diese Art der automatischen Nachrangigkeit ohne Berücksichtigung anderer Gründe scheint auf der Idee zu fußen, außen stehende Gläubiger zum Nachteil interner Gläubiger schützen zu müssen, weil letzteren unterstellt wird, immer und unter allen Umständen in zweifelhafter Weise zu agieren (vorsätzlich bzw. in Gläubigerbenachteiligungsabsicht)⁸. In der Realität erscheint dies jedoch in jeder Hinsicht exzessiv. Die wahllose Nachrangigkeit aller Forderungen aufgrund der bloßen Tatsache, dass deren Inhaberschaft auf eine Person fällt, die mit dem Schuldner verbunden ist, verstößt gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung⁹. Je nachdem, wie nah der dinglich gesicherte Gläubiger dem Schuldner steht und unter der Vermutung *iuris et de iure*, dass die internen Gläubiger gegenüber den externen in betrügerischer Art und Weise handeln, kommt es zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung und Ungleichbehandlung. Dies läuft dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz zuwider, der unter den gesicherten Gläubigern im Allgemeinen und den dinglich gesicherten Gläubigern im Besonderen gilt¹⁰. Zutreffend mag wohl sein, dass die Nähe zum Schuldner ein Umstand ist, der betrügerische Vorgehensweisen gegenüber den übrigen Gläubigern begünstigt. Dennoch geht dieser Automatismus der Nachrangigkeit offensichtlich zu weit, geht mit ihm doch gleichsam eine Bestrafung in Form der Löschung der Sicherheiten dieser Inhaber einher. Diese harten Rechtsfolgen sind in ihrer Berechtigung äußerst zweifelhaft¹¹. In der Praxis wird

⁷ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 357, 394 f.

⁸ In diese Richtung tendieren auch *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 215 und *Álvarez Caperochipi*, El Registro de la Propiedad, S. 245. Ähnlich *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 62, der davon ausgeht, dass vertragsmäßig entstandene Forderungen zwischen den Insidern der Familie in der Regel simuliert sind.

⁹ Vgl. hierzu *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 902 f.; *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 357, 394.

¹⁰ *Pulgar Ezquerra*, RDM 2003, S. 1425, 1474. Ebenso kritisch *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 898.

¹¹ Auf die Risiken, die mit einem solchen Automatismus der Einteilung der nachrangigen Forderungen verbunden sind, wurde bereits in dem Bericht des *Consejo Económico y Social* zum ALC vom 7. 9.2001 hingewiesen, vgl. hierzu in *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 727 ff. In der Literatur machte auf dieses Problem erstmals aufmerksam *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 200 noch zum ALC von 2001 und später zum LC, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 357, 389 ff., 392.

dies zu ungerechten Ergebnissen führen¹². Im nordamerikanischen Recht etwa ist im Vergleich hierzu die sog. *equitable subordination* (Sect. 510 U.S. Bankruptcy Code) anerkannt¹³, die eine Nachrangigkeit bestimmter Forderungen erlaubt, wenn der Gläubiger des Betruges überführt wurde, andere Gläubiger geschädigt hat oder der Gläubiger einen ungerechtfertigten Vorteil erlangt hat (*misconduct*)¹⁴. Eine solche Lösung wäre in jedem Fall gerechter gewesen als die pauschalierende spanische Regelung und hätte dem Ziel des spanischen Gesetzgebers, betrügerische Machenschaften zu sanktionieren, dennoch ausreichend Rechnung getragen.

Die bei der Nachrangigkeit geltende Betrugsvermutung *iuris et de iure* lässt einen Gegenbeweis, dass tatsächlich ein Kredit besteht, nicht zu. Der Argwohn des Gesetzgebers ist verständlich, jedoch hätte er es mindestens bei einer Vermutung *iuris tantum* hinsichtlich der Nachrangigkeit der Familienangehörigen des Konkursschuldners als natürlichen Personen belassen sollen, da nicht jede mit dem Konkursschuldner besonders verbundene Person pauschal als Betrüger erachtet werden kann (vgl. hierzu auch schon im 5. Kapitel B.VI.).

Im Falle der Anfechtung nach Art. 71 ff. LC zeigt der endgültige Gesetzestext der *Ley Concursal* diese Möglichkeit sogar selbst auf, da bei besonderer Nähe des Gläubigers zum Schuldner ein Gegenbeweis möglich ist. Dies wurde allerdings erst nach dem parlamentarischen Verfahren im Kongress so geregelt¹⁵. Bedenkt man zudem, dass beispielsweise die Sicherheit einer Hypothekenforderung gelöscht wird und der Gläubiger auf die letzte Stelle verwiesen wird, wenn der Hypothekenschuldner etwa Lebenspartner der Schwester (oder des Bruders) des Hypothekengläubigers wird, ohne dass dieser das verhindern könnte. Bislang war die Hypothek die verlässlichste Sicherheit, die ein sorgsamer Gläubiger zur Absicherung seiner Forderung vereinbaren konnte, was auch ihre Übertreibung rechtfertigte¹⁶. Denkbar ist daher, dass in Zukunft in allen von einer natürlichen Person als Gläubiger abgeschlossenen Hypothekenverträgen eine Klausel aufgenommen wird, nach der die gesicherte Forderung sofort fällig wird, wenn durch eine nicht vom Gläubiger vorgenommene Handlung ein Grund für die Nachrangigkeit herbeigeführt wird. Die Löschung der Sicherheit führt allerdings auch zum Verlust des Rechts der Fristausübung. Denn nach Art. 1129 Nr. 3 CC verliert der Schuldner jedes Recht, die Frist in Anspruch zu nehmen, wenn er die gestellte Sicherheit

¹² Vgl. hierzu *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 902 f.; *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 394.

¹³ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 391 f.

¹⁴ Zum U.S.-amerikanischen Recht, vgl. *Epstein/Nickles/White*, Bankruptcy, S. 435; *Blumberg*, The Law of Corporate Groups. Bankruptcy Law, S. 41 ff.

¹⁵ Vgl. *Curiel Lorente*, RCDI 2003, S. 2699, 2706.

¹⁶ *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 215.

durch eigene Handlungen vermindert hat oder wenn sie durch höhere Gewalt untergeht, sofern sie nicht sofort durch eine neue, gleichwertige Sicherheit ersetzt wird¹⁷.

Wie erwähnt, spielt für die Nachrangigkeit einer Forderung deren Ursprung keine Rolle. Allein maßgeblich ist die besondere Verbindung des Forderungsinhabers zum Konkursschuldner. Die Regelung berücksichtigt daher nicht, dass bei einer verwandtschaftlichen Verbindung die Forderung auf erbrechtlichen Ansprüchen oder auf einer gerichtlichen Entscheidung über Unterhaltungsleistungen beruhen kann. Hinsichtlich der Unterhaltsleistungen kollidiert Art. 93 Abs. 2 LC daher offen mit Art. 47 Abs. 2 LC, der die Zahlung gerichtlich entschiedener Unterhaltsleistungen zulasten der Masse anordnet (Art. 84 Abs. 2 Nr. 4 LC). Als spezielle Regelung geht Art. 47 Abs. 2 LC deshalb vor und Sicherheiten, die zu deren Absicherung bestellt wurden, bleiben bestehen¹⁸.

Zum anderen ist die Lösung des Konkursgesetzes ungerecht. Denn selbst im Falle einer juristischen Person – d.h. bei Gesellschaftern, Verwaltern oder zur selben Gruppe gehörenden Unternehmen, bei denen vermutet wird, dass sie die Position eines informierten internen Gläubigers innehaben oder aktiv an der Führung der Gesellschaft beteiligt sind – ist nicht immer eine Situation gegeben, die einer Sanktion bedarf. In vielen Fällen verfügt der interne Gläubiger gar nicht über vollständige Informationen über die finanzielle Situation der Gesellschaft, wie etwa bei Unternehmensgruppen, bei denen kein umfassender Informationsaustausch zwischen den Niederlassungen besteht¹⁹, oder etwa dann, wenn der Gläubiger keine signifikante Beteiligung an der Gesellschaft hält²⁰.

Als negative Ausnahme darf die Nachrangigkeit bestimmter Forderungen mithin nur dann erfolgen, wenn eine Situation der offensichtlichen Ungerechtigkeit zwischen externen und internen Gläubigern gegeben ist. Bei vorkonkursrechtlichen Verbindlichkeiten darf deren Stellung nur dann geändert werden, wenn die Vertragspartner bei Vertragsabschluss die reelle Möglichkeit einer Insolvenz in Betracht gezogen hatten²¹ oder wenn die materielle Gerechtigkeit dies erfordert. Dies ist der Fall, wenn die nahe stehende Person tatsächlich in Gläubigerbenachteiligungsabsicht gehandelt hat. Für die Umqualifizierung einer Forderung kann folglich nicht als ausreichend erachtet werden, dass der Forderungsinhaber tatsächlich über die Situation des Schuldners informiert war und Insider gewesen ist. Darüber hinaus müsste er den anderen Gläubigern mit seinem Verhalten tatsächlich geschadet oder einen unberechtigten

¹⁷ Vgl. *Mezquita García-Granero*, RCDI 2004, S. 187, 216.

¹⁸ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 63.

¹⁹ *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 95.

²⁰ *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 395.

²¹ *Bisbal*, RDM 1994, S. 858.

Vorteil erlangt haben bzw. müsste ein schuldhaftes oder betrügerisches Verhalten vorliegen. Als Beispiel kann hier der Fall herangezogen werden, in dem einige Gesellschafter der Gesellschaft einen Kredit für ein gelegentliches Geschäft einräumen und diesen zu günstigeren Konditionen überlassen als dies ein außen stehender Gläubiger tun würde. Denkbar wäre auch ein Kredit zu marktüblichen Konditionen, wie dies bei Überbrückungskrediten der Fall ist, die der Gesellschaft auf unbestimmte Zeit zur Verfügung stehen.

Es stellt sich die Frage, warum diese Forderung zurückgestellt werden muss. Es handelt sich weder um ein Darlehen, das eine Einlage ersetzt (weshalb eine nominale Unterkapitalisierung der Gesellschaft nicht gegeben ist), noch besteht ein Nachteil für die externen Gläubiger, wenn die Forderungen zu günstigeren Bedingungen gewährt wurden²². In vielen Fällen, besonders bei kleinen und mittleren Gesellschaften, minimiert der Umstand, dass die Gesellschaft solche Kredite erhalten kann, sogar das Risiko der externen Gläubiger, da auf diese Weise ein Konkurs abgewehrt werden kann. Die automatische Nachrangigkeit dieser Forderungen bremst somit die Rettung von Unternehmen²³.

Ferner wirft die automatische Nachrangigkeit der Forderungen von Unternehmen, die derselben Gruppe angehören, Probleme auf, wenn die Nachrangigkeit nicht auf Fälle beschränkt bleibt, in denen in der Tat eine klare Benachteiligung der externen Gläubiger aufgrund des Wissensvorsprungs der internen Gläubiger vorliegt. In das Finanzierungssystem der Gruppen wird ein Leck gerissen, das schwere wirtschaftliche Folgen hat, weil sich die Unternehmen der Gruppe an Dritte wenden müssen, um der Gefahr der Nachrangigkeit eines ihrer Unternehmen im Konkurs zu entgehen. Hierdurch werden absolut zulässige Geschäfte verhindert²⁴.

Die wesentlichen Vorteile, die sich der Gesetzgeber von der automatischen Zurückstellung bestimmter Forderungen versprochen hat²⁵, scheinen darin zu liegen, dass dem Richter Ermittlungen hinsichtlich ungewisser Verhaltensmuster der Gläubiger oder Überlegungen zum Anlass der Kreditaufnahme erspart bleiben. Letztlich werden hierdurch solcherlei Streitigkeiten aus dem Konkursverfahren herausgenommen²⁶. In diese Richtung tendiert auch die Ansicht, nach der eine objektive Lösung aufgrund der Besonderheiten der spanischen Rechtsord-

²² Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 395 f.

²³ Paz-Ares, RDS 1994, S. 263.

²⁴ Vgl. Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 396; Ehricke, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, S. 95 ff.

²⁵ In der *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* von 1995 war bereits eine solche automatische Nachrangigkeit für diese Art von Forderungen vorgesehen, der das Konkursgesetz nunmehr gefolgt ist. Vgl. zur Begründung dessen Autor Rojo Fernández-Rio, in: *La futura Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (1), Edición Especial de "La Gaceta de los Negocios", S. 61.

²⁶ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, *Derecho Concursal*, S. 357, 396.

nung besser sei als eine korrekte Ermessenausübung durch das Gericht²⁷. Die Nachrangigkeit sei zudem eher als Entschädigung denn als Sanktion zu verstehen²⁸. Diese Ansätze sind jedoch verfehlt. Auf der einen Seite wird der vermeintliche Vorteil der Automatik durch die Ungleichbehandlung, die die Gläubiger aufgrund der gesetzlichen Regelung ereilt, aufgehoben. Der Automatismus kann zu einem umgekehrten Mechanismus führen und steigende Forderungskosten für Insider verursachen, die eine außerordentlich wichtige Finanzquelle bei kleineren Unternehmen oder Unternehmensgruppen darstellen²⁹. Auf der anderen Seite muss die Anstrengung unternommen werden, das so „besondere“ spanische Rechtssystem zu korrigieren. Ungerechtfertigt erscheint der Eingriff in die Rechte von Gläubigern, wenn diese über keinerlei Verteidigungsmöglichkeiten verfügen. Zur Vermeidung unbequemer Ermittlungen hätte eine Umkehr der Beweislast ausgereicht, was weder eine fehlerfreie noch fehlerhafte Ausübung des richterlichen Ermessens vorausgesetzt hätte³⁰.

Gleichwohl bedeutet die geäußerte Kritik weder, dass Maßnahmen zur Behebung der schweren Folgen für externe Gläubiger in bestimmten Konkursituation nicht ergriffen werden dürfen, noch, dass bei Forderungen von Personen, die mit einer juristischen Person als Schuldner verbunden sind, solche Maßnahmen opportun erscheinen. Angesichts der Furcht, nachrangig befriedigt zu werden, ist ebenso die prophylaktische Funktion einer solchen Regelung wichtig. So kann etwa verhindert werden, dass kapitalersetzende Darlehen gewährt werden oder Kredite zwischen Gesellschaften vergeben werden, die zur selben Unternehmensgruppe gehören, oder ähnliche Geschäfte getätigt werden. Die Herabstufung dieser Forderungen darf aber nicht automatisch erfolgen, sondern muss wie in anderen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände oder beschränkt auf solche Sachverhalte stattfinden, bei denen die Darlehen aus Geschäften aufgrund der Nichterfüllung von Verpflichtungen herrühren, die den Gesellschaftern oder Verwaltern obliegen. Die Nachrangigkeit ist deshalb auf Fälle der nominalen Unterkapitalisierung oder auf Forderungen zu begrenzen, die auf der Freigiebigkeit des Schuldners beruhen – wie dies im deutschen Recht nach § 39 Abs. 1 Nr. 4, 5 InsO der Fall ist – die logischerweise das Gros der nachteiligen Rechtsgeschäfte für die außen stehenden Gläubiger bedeuten. Letztlich sind dies solche Kredite, die wegen finanziellen Bedarfs aufgenommen worden sind, die ein ordentlicher Unternehmer durch Kapitaleinlagen abgedeckt hätte, oder Darlehen von Insidern mit offensichtlich betrügerischem Vorsatz³¹. Würde die Nachrangigkeit auf die erwähnten oder auf andere für notwendig erachtete Sachverhalte

²⁷ Garrido, in: *Rojo Fernández-Rio*, La reforma de la Legislación Concursal, S. 225, 242.

²⁸ So Garrido, RDBB 1996, S. 889, 935.

²⁹ Paz-Ares, RDS 1994, S. 263.

³⁰ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Derecho Concursal, S. 357, 397.

³¹ Der offensichtlich betrügerische Vorsatz wird von der nordamerikanischen Rechtsprechung vertreten.

begrenzt werden, könnten sowohl die Abschreckungsfunktion als auch eine tatsächliche Sanktion vollends erreicht werden. Willkür, die in der automatischen Gleichbehandlung liegt, könnte so vermieden werden. Nach der jetzigen Regelung ist diese aber gerade gesetzlich abgesegnet.

Problematisch ist schließlich auch das Fehlen von Übergangsvorschriften zur Anwendbarkeit der Nachrangigkeitsvorschriften. Das Konkursgesetz ist insofern rückwirkend³². Bei nach dem Inkrafttreten des Konkursgesetzes eröffneten Konkursverfahren werden die Forderungen als nachrangig i.S.v. Art. 92 und Art. 93 LC bewertet, obwohl im Moment der Entstehung der Forderung keinerlei Vorschrift existierte, die eine solche Nachrangigkeit auferlegte. Darüber hinaus wird bei Vorliegen des in der *D.T. Primera* Abs. 2 LC geregelten Falles der Konkurs des Schuldners von Amts wegen eröffnet. Auch wenn hierbei nur in die Liquidationsphase übergegangen wird, kommt Art. 158 LC zur Anwendung, wonach die nach dem Konkursgesetz nachrangigen Forderungen erst nach der vollständigen Befriedigung aller anderen, ihnen vorgehenden Forderungen befriedigt werden. Dies entspricht insofern einer Legalenteignung³³, die ebenso bei gesicherten Gläubigern gegeben ist, die ihre Sicherheit vor Inkrafttreten der Art. 56 und 57 LC erlangt haben. Es würde daher nicht verwundern, wenn diese Vorschriften für verfassungswidrig erklärt werden würden, da sie eine entschädigungslose Legalenteignung darstellen.

III. Fazit

Sicherlich weist die derzeitige unternehmerische Wirklichkeit Situationen auf, in denen einige Gesellschafter als Gläubiger ihrer eigenen Gesellschaft auftreten. Denkbar sind auch Verwalter, die sich ihren eigenen Interessen entsprechend zum Nachteil der anderen Gläubiger des Unternehmens selbstbegünstigen, oder Gesellschaftsgruppen, die alle Schulden einer Gesellschaft der Gruppe bündeln, während die Aktiva von einer anderen Gesellschaft gehalten werden. Daneben sind ähnliche Konstellationen in der unternehmerischen Praxis bekannt, die es ermöglichen, das unternehmerische Risiko auf die außen stehenden Gläubiger abzuwälzen, die letztlich die Verluste in Wirklichkeit zu tragen haben. Es handelt sich also um Situationen, die eine angemessene Antwort auf das sich stellende Problem der materiellen Gerechtigkeit erfordern. Es müssen verschiedene Wege und Techniken gefunden werden, dieses Problem zu lösen, wozu sicherlich auch die Nachrangigkeit von Forderungen zählt, deren Inhaber völligen

³² Wie dies *D.T. Primera* bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Konkursgesetzes bereits laufenden Konkursverfahren zeigt

³³ *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 63.

Einblick in die finanzielle Situation des Unternehmens haben (da sie dem Unternehmen als Gesellschafter oder als Verwalter angehören oder es sich um Gesellschaften handelt, die zur gleichen Unternehmensgruppe gehören). Das Bestehen solcher Umstände berechtigt aber nicht dazu, zu jedem Zeitpunkt und in jeder Situation in einer solch diskriminierenden Art und Weise vorzugehen. Das spanische Konkursgesetz greift hier zu einer extensiven Anwendung der Nachrangigkeit. Es wird weder danach differenziert, ob ein vorsätzliches oder betrügerisches Verhalten vorliegt (wie im US-amerikanischen Recht), noch wird auf konkrete Voraussetzungen verwiesen, in denen vermutet wird, dass ein solches Verhalten vorliegt (wie in den Fällen der Unterkapitalisierung im deutschen Recht). Das Gesetz beschränkt sich stattdessen auf eine automatische Nachrangigkeit aufgrund des bloßen Umstandes, dass die Forderungsinhaber dem Schuldner nahe stehen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, wie diese sich tatsächlich verhalten haben oder unter welchen Umständen die Forderungen erlangt wurden³⁴.

Das Problem erwächst aus dem Automatismus der Nachrangigkeit aufgrund der bloßen Nähe des Gläubigers zum Schuldner. Es ist unzulässig, dinglich gesicherte Forderungen auf der einen Seite bevorzugt, auf der anderen Seite hingegen nachrangig zu befriedigen, da es gegen die Natur des dinglichen Sicherungsrechts verstößt³⁵. Der Automatismus muss daher noch einmal überdacht werden. Von der Nachrangigkeit sind diejenigen dinglich gesicherten Forderungen auszunehmen, deren Inhaber mit dem Schuldner besonders verbunden sind. Diese sind vielmehr den Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes zu unterwerfen. Bei den Anfechtungsregeln wurde die zuvor erforderliche betrügerische Absicht durch eine zeitliche Komponente ersetzt, d.h. ein Schaden für die Aktivmasse wird widerlegbar vermutet, wenn die Rechtshandlung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (zwei Jahre vor der Konkurseröffnung) vorgenommen wurde. Daher ist ein Gegenbeweis hinsichtlich der Bestellung oder Erweiterung von Sicherheiten innerhalb dieser Zeit möglich. Vorstellbar wäre ein dem deutschen Insolvenzrecht angenähertes Modell, in dem ein Nachweis erforderlich ist, dass der Schuldner in diesem Moment zahlungsunfähig war und der Gläubiger diese Zahlungsunfähigkeit kannte, wobei diese Kenntnis widerlegbar vermutet wird, wenn der Gläubiger, für den die Sicherheit bestellt oder erweitert wurde, eine dem Schuldner nahe stehende Person ist (§ 130, 138 InsO). Die Regelungen für die dinglich gesicherten Gläubiger könnten dann – unabhängig von deren Verbindung zum Schuldner – den Anfechtungsregeln des Konkursgesetzes unterworfen werden.

³⁴ Alonso Ledesma, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 357, 393.

³⁵ *Pulgar Ezquerra*, RDM 2003, S. 1425, 1475.

C. Anfechtungsregeln

I. Gläubigerbenachteiligung

Im deutschen Recht ist die Grundvoraussetzung für die Anfechtung einer Rechtshandlung, die vor Insolvenzeröffnung vorgenommen wurde, eine objektive Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO). Diese stellt die Kausalverbindung zwischen Rechtshandlung und Schaden dar. Das Vorliegen eines Schadens wird anhand einer wirtschaftlichen Betrachtung bestimmt. Hat die Rechtshandlung die Befriedigung anderer Gläubiger verhindert, erschwert, verringert oder verzögert, ist ein Schaden gegeben. Überdies muss der an der Rechtshandlung beteiligte Gläubiger grundsätzlich Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, von der Gläubigerbenachteiligung bzw. der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners gehabt haben. Diese Kenntnis wird bei nahe stehenden Personen widerlegbar (§§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 3, 132 Abs. 3, 133 Abs. 2 InsO) und bei einem inkongruenten Erwerb unwiderlegbar vermutet (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO).

Im spanischen Recht spielt das subjektive Merkmal für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung keine Rolle. Auf die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, von der Gläubigerbenachteiligung bzw. einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht kommt es für die Anfechtbarkeit nicht an. Das subjektive Element wird vielmehr durch ein zeitliches Moment ersetzt (Art. 71 LC). Der spanische Gesetzgeber hat eine feste zeitliche Grenze für die konkursrechtliche Anfechtbarkeit von Masse schädigenden Rechtshandlungen gezogen. Diese sind anfechtbar, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind (Art. 71 Abs. 1 LC).

Die deutsche Regelung steckt je nach Anfechtungstatbestand einen anderen zeitlichen Rahmen und geht somit differenzierter vor. Grundsätzlich fällt auf, dass die deutschen Anfechtungstatbestände deutlich kürzere Zeiträume vorsehen als das spanische Recht mit seiner Zwei-Jahres-Frist. Beide Regelungen beziehen sich hierbei auf Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung der Insolvenz bzw. des Konkurses vorgenommen worden sind (§ 129 Abs. 1 InsO, Art. 71 Abs. 1 LC).

Die spanische Regelung orientiert sich bei der einheitlichen Frist von zwei Jahren an der Konkurseröffnung, während die deutsche Regelung die Fristen vor allem in Bezug auf den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens festlegt. Die Zeitspanne bewegt sich hier vom letzten Monat bis zu den drei letzten Monaten vor dem Eröffnungsantrag (§§ 130, 131, 132 InsO). Bei einer vorsätzlichen Benachteiligung wird der Zeitraum, in dem die Rechtshandlung

vorgenommen worden ist, auf zwei bzw. zehn Jahre ausgedehnt (§ 133 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 InsO). Eine solche Möglichkeit sieht das spanische Recht dagegen nicht vor, da die subjektive Komponente zumindest innerhalb der Anfechtungstatbestände außer Acht gelassen wird. Bei unentgeltlichen Leistungen des Schuldners liegt die zeitliche Grenze für die Anfechtung in Deutschland bei vier Jahren vor dem Eröffnungsantrag (§ 134 InsO). Bei dem besonderen Anfechtungstatbestand kapitalersetzender Darlehen ist die Anfechtbarkeit im Vergleich zu den anderen Anfechtungstatbeständen zeitlich auf zehn Jahre erweitert, wenn es sich um die Gewährung einer Sicherung handelt (§ 135 Nr. 1 InsO). Im spanischen Recht ist ein derartiger Anfechtungstatbestand hingegen nicht vorhanden. Verwiesen wird an dieser Stelle auf die im Abschnitt zuvor gemachten Ausführungen zur Nachrangigkeit von Forderungen (zur Nachrangigkeit vgl. auch im 5. Kapitel A.VI.).

II. Vermutungsregeln

Im deutschen Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung beziehen sich die Vermutungsregeln auf die Kenntnis der Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit, von der Gläubigerbenachteiligung oder von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners und sind in der Regel widerlegbar. Im spanischen Anfechtungsrecht der *Ley Concursal* zielen die Vermutungsregeln hingegen auf den Vermögensschaden der Aktivmasse ab. Dort findet sich ein teilweise in sich widersprüchliches System von wider- und unwiderlegbaren Vermutungsregeln. Deutlich wird dies insbesondere bei der Anfechtung dinglicher Sicherheiten, da dort Art. 71 Abs. 3 Nr. 2 LC zu beachten ist. Ein Vermögensschaden der Aktivmasse wird bei einer Überlagerung dinglicher Sicherheiten widerleglich vermutet. Da diese aber letztlich unentgeltlich erfolgt, müsste es sich eigentlich um eine unwiderlegbare Vermutung nach Art. 71 Abs. 2 LC handeln. Die Auslegung dieser Frage und die unterschiedlichen Vermutungsregeln bereiten daher im spanischen Anfechtungsrecht Schwierigkeiten.

Im deutschen Recht sind unentgeltliche Rechtshandlungen, die innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden, unabhängig von ihrem Grund anfechtbar (§ 134 InsO). Hier findet der allgemeine zivilrechtliche Grundsatz Niederschlag, wonach unentgeltlich erworbene Rechte weniger schützenswert sind.

III. Fazit

Im Gegensatz zu Spanien spielen die Gläubigerbenachteiligung und das jeweilige subjektive Tatbestandsmerkmal im deutschen Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung eine wichtige Rolle. Im spanischen Recht ist dies nur von untergeordneter Bedeutung und ist für die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung sogar völlig irrelevant. Ersetzt wurde die subjektive Komponente durch eine einheitliche zeitliche Grenze bis zu der die Rechtshandlung für deren Anfechtbarkeit vorgenommen worden sein muss. Der zeitliche Rahmen von zwei Jahren ist auf die noch nach altem Recht geltende *retroacción de la quiebra* zurückzuführen. Der Gesetzgeber wollte in dieser Frage Rechtssicherheit schaffen. Denn nach überkommenem Recht war nicht absehbar, welchen Zeitraum der Richter im Einzelfall festlegen würde. Es herrschte völlige Ungewissheit.

Im Vergleich zur spanischen Regelung bleibt die deutsche im zeitlichen Rahmen (bis auf die vorsätzliche Benachteiligung) hinter dieser zurück und fordert darüber hinaus noch eine subjektive Komponente als Voraussetzung. Insgesamt gesehen ist die deutsche Regelung behutsamer und gleichsam strenger, was die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen angeht. Das System der Vermutungsregelungen im spanischen Recht ist aufgrund seiner Widersprüchlichkeit angreifbar und den deutschen Anfechtungsregeln unterlegen.

Hinsichtlich der im Zusammenhang mit der Nachrangigkeit von Forderungen bestehenden Probleme, die sich bei Personen ergeben, die mit dem Konkursschuldner besonders verbunden sind, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (in diesem Kapitel B. und im 5. Kapitel A.VI.). Im deutschen Recht hat diese Thematik eine Regelung innerhalb der Anfechtungsvorschriften gefunden.

Das neue Anfechtungsrecht in Spanien stellt zwar einen Fortschritt gegenüber der alten Rechtslage mit der nunmehr aufgegebenen, höchst umstrittenen *retroacción de la quiebra* dar. Dennoch ist der spanische Gesetzgeber nicht weit genug gegangen. Neben der Beseitigung der *retroacción* hätte er im neuen Konkursgesetz auch auf das nunmehr innerhalb der Anfechtungsregeln zur Anwendung kommende System der Vermutungsregeln für Vermögensschäden für die Aktivmasse verzichten sollen. In bestimmten Situationen sind die Vermutungsregeln bereits aufgrund ihrer Offensichtlichkeit überflüssig (wie etwa bei unentgeltlichen Verfügungen). Misslich ist aber vor allem das komplexe und in sich widersprüchliche Geflecht von Vermutungen *iuris et de iure* und *iuris tantum* für Vermögensschäden. Die hierdurch

hervorgerufenen Schwierigkeiten fallen insbesondere bei der Anfechtung von Sicherheiten ins Gewicht.

Die durch die Koordination von wider- und unwiderlegbaren Vermutungen hervorgerufenen Probleme, hätten leicht vermieden werden können, wenn der spanische Gesetzgeber bei dieser Problematik dem Modell der deutschen Insolvenzordnung gefolgt wäre. Bedenkt man, dass sich die spanische Konkursrechtsreform bereits in einigen anderen Punkten am deutschen Gesetz orientiert hat, hätte dies nahe gelegen.

D. Abgesonderte Befriedigung aus den Immobiliarsicherheiten

I. Beschränkung der abgesonderten Befriedigung

1. Unterschiedliche Grundsätze

Im spanischen Recht wird eine abgesonderte Befriedigung aus den Immobiliarsicherheiten im Konkurs grundsätzlich nicht mehr uneingeschränkt gewährt. Denn nach der Regelung in Art. 56 LC werden sowohl neue (Art. 56 Abs. 1 LC) als auch bereits vor der Konkurseröffnung aufgenommene Vollstreckungsverfahren aus so genannten dinglichen Sicherheiten zeitlich ausgesetzt (Art. 56 Abs. 2 S. 1 LC). Der Begriff der dinglichen Sicherheit wird vom Gesetzgeber nicht definiert. Nur durch Auslegung lassen sich auch Immobiliarsicherheiten unter diesen Terminus fassen (vgl. hierzu ausführlich im 4. Kapitel A.). Voraussetzung für die Vollstreckungsaussetzung ist, dass die Sicherheiten auf Sachen ruhen, die mit der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Konkursschuldners verbunden sind oder diese betreffen, gleich ob sie für deren Fortführung notwendig sind oder nicht. Gläubiger dieser Sicherheiten müssen den Ablauf der gesetzlichen Fristen abwarten, die bis zu maximal einem Jahr andauern können, bis sie die abgesonderte Befriedigung wieder betreiben können. Nur ausnahmsweise können bereits aufgenommene Vollstreckungsverfahren in von der schuldnerischen Tätigkeit betroffene Sachen fortgesetzt werden: Zum einen darf die Sache für die Fortführung der Tätigkeit nicht zwingend erforderlich sein und zum anderen müssen die Versteigerungsanzeigen veröffentlicht sein (Art. 56 Abs. 2 S. 2 LC).

Ausdrücklich ist das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den Immobiliarsicherheiten nicht geregelt. Allein durch Auslegung lässt sich Art. 56 LC entnehmen, dass diese Vorschrift den Gläubigern von Immobiliarsicherheiten implizit ein Recht auf abgesonderte Befriedigung verleiht, wenn die Sicherheit keine derart „betroffenen“ Sachen des Konkursschuldners erfasst (vgl. hierzu ausführlich im 4. Kapitel B.II.). In diesem Falle können neue Vollstreckungsver-

fahren aus den dinglichen Sicherheiten in jene Sachen eingeleitet und bereits eingeleitete Vollstreckungen weiterbetrieben werden.

Im deutschen Recht wird dies genau anders gesehen, da die abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen grundsätzlich auch während eines Insolvenzverfahrens möglich ist und vom Gesetz gerade angeordnet wird (§ 49 InsO iVm ZVG). Der Insolvenzverwalter kann nur in bestimmten Fällen die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung beantragen: etwa wenn im Insolvenzverfahren der Berichtstermin (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO) noch bevorsteht (§ 30 d Abs. 1 Nr. 1 ZVG), wenn das Grundstück nach dem Ergebnis des Berichtstermins im Insolvenzverfahren für die Fortführung des Unternehmens oder für die Vorbereitungen der Veräußerung des Betriebes oder einer anderen Gesamtheit von Gegenständen benötigt wird (§ 30 d Abs. 1 Nr. 2 ZVG), wenn durch die Versteigerung die Durchführung des Insolvenzplans gefährdet würde (§ 30 d Abs. 1 Nr. 3 ZVG) oder wenn die Versteigerung eine sonst angemessene Verwertung der Insolvenzmasse wesentlich erschweren würde (§ 30 d Abs. 1 Nr. 4 ZVG). Zudem ist bei der einstweiligen Einstellung deren wirtschaftliche Zumutbarkeit für den Gläubiger zu berücksichtigen (§ 30 Abs. 1 S. 2 ZVG).

Anders als im spanischen Recht können sich die Gläubiger nach deutschem Recht gegen die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung wehren, indem sie die Aufhebung der einstweiligen Einstellung beantragen, wenn etwa die Voraussetzungen für die Einstellung fortgefallen sind oder Auflagen nicht beachtet wurden (§ 30 f. ZVG). In Spanien können die Gläubiger lediglich in einem Konkurszwischenverfahren klären lassen, ob die Betroffenheit der Sache noch gegeben ist, auf der ihre Sicherheit ruht (vgl. hierzu im 4. Kapitel B.VII.4.).

Anders als in Deutschland erhalten Gläubiger in Spanien, deren Sicherheit auf betroffenen Sachen ruht, keinerlei Ausgleich für die Nachteile, die ihnen durch die Vollstreckungsaussetzung entstehen. Zwar gibt der Gesetzgeber vor, eine Kompensierung durch den nicht unterbrochenen Zinslauf zu erreichen (Art. 59 LC), was vom Ansatz her dem deutschen Recht ähneln mag, das einen Ausgleich durch Zinsen aus der Masse vorsieht (§ 30 e Abs. 1 ZVG). Allerdings sind die Zinsen im spanischen Recht von der Sicherheit zu tragen und werden nicht aus der Masse beglichen, was einen entscheidenden Unterschied darstellt. Ein weiterer gravierender Unterschied liegt im Nachteilsausgleich. Wird in Deutschland das Grundstück für die Insolvenzmasse genutzt, ist der entstehende Wertverlust von der Einstellung des Versteigerungsverfahrens an durch laufende Zahlungen aus der Insolvenzmasse an den Gläubiger auszugleichen (§ 30 e Abs. 2 ZVG). In Spanien ist ein derartiger Nachteilsausgleich nicht vorgesehen, obwohl die Vollstreckung aus der Sicherheit in die Immobilie immer dann ausge-

setzt wird, wenn sie von der schuldnerischen Tätigkeit betroffen ist und damit für die Insolvenzmasse genutzt wird. Die gesicherten Gläubiger müssen daher in Spanien einen Wertverlust der belasteten Sachen ohne Ausgleich hinnehmen.

2. Zweck der Vollstreckungsaussetzung

Die vom spanischen Gesetzgeber in der Begründung des Konkursgesetzes³⁶ vorgebrachte Befürchtung, eine abgesonderte Vollstreckung von Sicherheiten könne den Ablauf des Konkursverfahrens stören und eine Lösung des Konkurses im Interesse des Schuldners und der Passivmasse behindern, wurzelt in einer ausgeprägten doktrinen Tradition. Durch die automatische Vollstreckungsaussetzung (*automatic stay*) soll Vermögen geschützt werden, das als Bestandteil einer dynamischen Unternehmenseinheit einen vergleichsweise höheren Wert hat als ein einzelner zur abgesonderten Vollstreckung fähiger Bestandteil. So sieht auch die Insolvenzordnung mit der Einstellungsvariante in § 30 d Abs. 1 Nr. 2 ZVG vor, dass Sachgesamtheiten aus wirtschaftlichen Gründen nicht zerschlagen werden sollen, da einzelne speziell auf das Unternehmen abgestimmte und andernorts schlecht integrierbare Gegenstände bei einem Einzelverkauf von geringem Wert wären. Hieran zeigt sich, dass die Insolvenzordnung grundsätzlich auch dazu tendiert, die Fortführung von Unternehmen zu erleichtern. Die Erhaltung des Vermögensverbundes soll letztlich eine höhere Quote für alle Gläubiger ermöglichen, die durch die Fortführung bzw. dort, wo sie wirtschaftlich nicht zweckmäßig oder möglich ist, durch die Veräußerung von Sachgesamtheiten erzielt werden kann. Die Einstellung erfolgt hierbei jedoch nicht automatisch wie im spanischen Recht, sondern erst auf Antrag des Insolvenzverwalters.

Die Befürchtungen des spanischen Gesetzgebers lassen sich aber nur schwer nachvollziehen. Es ist kaum vorstellbar, dass eine abgesonderte Befriedigung aus den Sicherheiten von sich aus die Gesamtvollstreckung stören oder ein zusätzliches Chaos³⁷ herbeiführen könnte. Ebenso wenig greift das Argument, dass eine abgesonderte Befriedigung die Herbeiführung einer im Interesse des Schuldners liegenden Lösung behindern würde. Denn der dinglich gesicherte Gläubiger ist weder dazu verpflichtet, sich an Konkursvereinbarungen im Vergleichsverfahren zu beteiligen, noch dazu, sich einem erzielten Vergleich zu unterwerfen (Art. 134 Abs. 2 LC). Ein Obstruktionsverbot wie etwa im deutschen Insolvenzplanverfahren (§ 245 InsO), das dem spanischen Vergleichsverfahren hinsichtlich Zielsetzung und Ausrichtung ähnelt, ist nicht vorgesehen. Es besteht daher im spanischen Recht keine Möglichkeit, die Gläubiger von Im-

³⁶ Begründung des Konkursgesetzes III, BOE Nr. 164, v. 10. Juli 2003, 26905, 26908.

³⁷ Von einem Chaos spricht etwa auch *Garrido*, *Tratado de las preferencias del crédito*, S. 635.

mobiliarsicherheiten zu einer gemeinschaftlich ausgehandelten Lösung zu zwingen. Die Vollstreckungsaussetzung des Art. 56 LC mutet damit in einem System wie dem spanischen geradezu absurd an, weil die Tradition, dinglich gesicherte Gläubiger einem Vergleich nicht zu unterwerfen, aufrechterhalten wird. Gegenüber anderen Rechtsordnungen wie der deutschen kann die in Spanien eingeführte Aussetzung der Vollstreckung dinglicher Sicherheiten, die eine Vergleichserzielung gerade nicht fördert, also höchstens erstaunen, da mit ihr das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel gar nicht erreicht werden kann. Die Vollstreckungsaussetzung ist in ihrer jetzigen Gestalt, ohne die Gläubiger an eine Übereinkunft binden zu können, verfehlt.

3. Opfer ohne Ausgleich

Grundsätzlich müssen bei einem Konkurs alle Gläubiger gewisse Opfer erbringen und hinnehmen. Einige Gläubiger sind mehr betroffen als andere und umgekehrt. Vornehmlich hängt dies davon ab, wie sie sich auf die Situation vorbereitet haben, sei es durch Sicherung ihrer Forderung oder durch Kostenerhöhung des vor dem Konkurs gewährten Darlehens. Das Opfer, das der Konkurs dann mit sich bringt, ist allgemein, d.h. jeder hat einen gewissen Verlust zu verzeichnen. Grundsätzlich erleidet ein Gläubiger keine besonderen Nachteile, da die Verschlechterung seiner Position nicht von gesetzlichen Entscheidungen abhängt, sondern vom Verhalten und vom Schicksal des Konkursschuldners.

Nach dem neuen spanischen Recht wird einem dinglich gesicherten Gläubiger nach Konkursöffnung allerdings ein zusätzliches Opfer abverlangt: Das durch die Bestellung der dinglichen Sicherheiten erlangte Recht auf abgesonderte Befriedigung wird ausgesetzt. Was aber hat den spanischen Gesetzgeber dazu bewogen, die Aussichten der gesicherten Gläubiger zugunsten der „Konkursinteressen“ zu opfern? Der Gesetzgeber führt diesbezüglich die Notwendigkeit an, gemeinsame Lösungen zu finden, die dem Interesse aller Gläubiger dienen. Unzweifelhaft werden hierdurch aber die Aussichten der gesicherten Gläubiger geschmälert. Es wäre deshalb sinnvoll gewesen, die im Konkurs durch den Wertverlust der als Sicherheit dienenden Sache entstandenen Kosten als Massenforderung zu behandeln. Denn diese Kosten sind nicht auf die Konkursituation des Schuldners an sich³⁸, sondern auf eine spätere gesetzliche Entscheidung zurückzuführen, die einer bestimmten Gläubigergruppe ein einzelnes Opfer zugunsten kollektiver Interessen des Konkurses abverlangt.

³⁸ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 112.

Bedenkt man an dieser Stelle, welche Forderungen nach Art. 84 LC als Forderungen gegen die Masse behandelt werden, die kein besonderes Opfer erbringen müssen, erscheint die Behandlung dinglich gesicherter Forderungen besonders befremdlich. Für die derart gesicherten Gläubiger ist die vom Gesetzgeber auferlegte Wartezeit an sich nicht einmal so entscheidend. Ausschlaggebend ist vielmehr der innerhalb dieser Zeit am Vermögensgegenstand entstandene Wertverlust, insbesondere dann, wenn sich die Sache im Besitz des Schuldners befindet.

Auch die Fortzahlung der Zinsen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind, ist viel sagend. Verliert die Sicherheit aufgrund des Wertverlustes der belasteten Sache an Beständigkeit, sind die nach der Konkurseröffnung fälligen Zinsen, die von den gesicherten Forderungen abgeworfen werden, nicht mehr von der Sicherheit gedeckt und werden auf den Rang nachrangiger Forderungen herabgestuft (Art. 92 Nr. 3 LC). Letztlich entspricht dies einem Verzicht des gesicherten Gläubigers. Die Wertminderung ist aber auch von Bedeutung, wenn es sich um Sicherheiten an Sachgesamtheiten oder um unterhaltungsbedürftige Vermögenswerte handelt. Es ist offensichtlich, dass diese Kosten nicht auf einer Initiative der Konkursverwaltung beruhen, da sie weder von dem bei der Vollstreckung erzielten Erlös abgezogen werden können, noch ein Vorabzug aufgrund ihres Vorfinanzierungscharakters möglich ist. In der Folge müssen die gesicherten Gläubiger im Voraus nach einer Möglichkeit suchen, die im Konkursfall auf sie zukommenden Kosten zu kompensieren. Eine solche Kompensierung wird sich natürlich in den Kreditkosten widerspiegeln³⁹. Letzten Endes wird dies aber zu einer Belastung des Schuldners selbst und der übrigen prospektiven einfachen Gläubiger führen. Durch den Anstieg der vorhersehbaren Passiva und der Forderungskosten erhöht Art. 56 LC schließlich selbst das Insolvenzrisiko.

4. Anreize und Gründe für die Aussetzung

a) Sicherheiten und Kosten

Die Regelung des Art. 56 LC wird dinglich gesicherte Gläubiger zwangsläufig dazu animieren, Strategien zu entwickeln, mit deren Hilfe sie einem Ausfall im Konkurs vorbeugen können. Der Wertverlust im Konkurs wird dazu führen, dass sich die Gläubiger eine Übersicherung (*sobregarantía*) besorgen werden. Da der im Konkurs fortgesetzte Zinslauf von der Sicherheit zu tragen ist, muss der Gläubiger nach einer werthaltigeren Sicherheit suchen, um mit dem Mehrwert die zusätzlichen Kosten abdecken zu können. Verursacht werden diese Kosten zum einen dadurch, dass der Gläubiger sein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht aus-

³⁹ Carrasco Perera, Los derechos de garantía, S. 112.

üben kann, und zum anderen durch die starke Wertminderung, die der belastete Vermögensgegenstand während der Vollstreckungsaussetzung erleiden kann. Die Kehrseite von Art. 56 LC ist somit ein Anstieg der Kreditkosten und das Hervorbringen von Übersicherungen, was beides wirtschaftlich nicht zweckmäßig ist.

b) Verhandlungsdruck

Ab Konkurseröffnung wird dem gesicherten Gläubiger, dessen Vollstreckung nach Art. 56 LC ausgesetzt ist, nicht wirklich ein Anreiz zum Aushandeln einer kollektiven Lösung gegeben. Denn als besonders privilegierter Gläubiger unterliegt er grundsätzlich nicht der Wirkung eines innerhalb des Konkursverfahrens erzielten Vergleichs. Allerdings verbietet die Vorschrift des Art. 56 LC einem solchen Gläubiger den Alleingang und die Wartezeit kann für ihn fatale Folgen haben, wenn das Sicherungsobjekt stark an Wert verliert. Der Gläubiger wird sich aufgrund dieser Umstände in einer Verfassung befinden, die ihn für eine kollektive Lösung, also einen Vergleich, empfänglicher macht. Voraussetzung ist jedoch, dass der Vergleich seine Befriedigungschancen nicht noch mehr minimiert. Der Gläubiger steht dann unter einem Verhandlungsdruck. Entscheidet sich der Gläubiger einer Immobiliarsicherheit schließlich dafür, einen Vergleich zu unterstützen, der die befürchteten Verluste und Kosten senkt, ist dies nachvollziehbar. Zu bedenken ist jedoch, dass die alleinige Ursache für die dem Gläubiger erwachsenden Kosten die vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist. Hätte sich der Gesetzgeber anders entschieden, würden diese Kosten gar nicht erst entstehen.

c) Gründe für die Aussetzung

Das Prinzip der Universalität hat sich im Gesetz in zweifacher Hinsicht potenziert: Zum einen aus der Perspektive der Sachen, die die Aktivmasse des Konkurses bilden und zum anderen aus der Sicht der Gläubiger, die mit ihren Forderungen die Passivmasse bilden. Es wird eine doppelt universelle Integration geschaffen, die darauf gerichtet ist, dass keiner der Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens agieren kann und dass kein Vermögensgegenstand der Masse entzogen wird⁴⁰. Hierdurch sollen Nachteile vermieden werden, die im Konkurs auftreten, wenn sich bestimmte Gläubiger (grundsätzlich solche mit dinglicher Sicherheit) *ex lege* in außerkonkursrechtliche Gläubiger verwandeln und der Aktivmasse Sachen entziehen, um ihre Forderung mit dem durch die Verwertung der Sache außerhalb des Konkurses erzielten Erlös

⁴⁰ So bereits *Rojo Fernández-Rio* zu dem Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1983, in: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, RFDUC, Monográfico Núm. 8, 1985, S. 89, 107.

zu befriedigen⁴¹. Der in Art. 49 LC statuierte Grundsatz der Aufnahme aller Gläubiger in die Passivmasse bedeutet daher, dass auch dinglich gesicherte Gläubiger ihre Befriedigung im Konkursverfahren suchen müssen, auch wenn hierfür die belasteten Sachen herangezogen werden. Dies wird zum Teil⁴² als Grund für die Aussetzung der Vollstreckung dinglicher Sicherheiten und der Klagen auf Wiedererlangung bestimmter Sachen (Art. 56 LC) gesehen und soll die Qualifizierung dinglich gesicherter Forderungen als besonders privilegiert rechtfertigen.

Augenscheinlich ist jedoch die große Diskrepanz, die zwischen der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 Abs. 1 LC und der fehlenden Wertsicherung der jeweiligen Sicherungsgüter besteht. Die Aussetzung dient nicht dem Erhalt dieser Vermögenswerte, da weiterhin Zinsen anfallen, die von der Sicherheit zu decken sind. Der Verwertungserlös der Sicherungsobjekte wird nicht verbessert. Darüber hinaus macht es wenig Sinn, den gesicherten Gläubigern eine solche Wartezeit aufzuerlegen, wenn diesen nicht einmal ein Vergleich entgegengehalten werden kann. Während der Vollstreckungsaussetzung können die gesicherten Gläubiger lediglich der Entscheidung der Konkursverwaltung unterliegen, nach Maßgabe von Art. 155 Abs. 2 LC befriedigt zu werden. Die Befriedigung der gesicherten Gläubiger erfolgt in diesem Fall noch vor der Befriedigung der anderen vorrangigen Gläubiger direkt aus der Masse. Die Vermögensgegenstände, die als Sicherungsobjekt dienen, werden zu diesem Zwecke nicht verwertet.

Die Aussetzung lässt sich auch nicht mit der Erwartung rechtfertigen, dass sie Vergleichsverhandlungen fördere, da die gesicherten Gläubiger nur dann an einen Vergleich gebunden sind, wenn sie sich diesem ausdrücklich und einzeln anschließen. Eine Mehrheitsentscheidung dieser Gläubigergruppe erzeugt keine Bindungswirkung (Art. 134 Abs. 2 LC).

Ebenso wenig begünstigt die Vollstreckungsaussetzung die Finanzierung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners nach der Konkurseröffnung. Finanzgeber dieser Art würden sich nur dann finden, wenn ihnen die Vorschrift eine Vorrangigkeit gegenüber den privilegierten Gläubigern einräumen würde, die ihre Forderung vor Konkurseröffnung erworben haben, weil sie in Zukunft Kredite gewähren. Dies ist jedoch nicht der Fall (Art. 154 Abs. 3 LC). Die Aussetzung nach Art. 56 LC hemmt und verhindert sogar jede Finanzierungsaktivität zum Erhalt des Unternehmens. Der Fortbestand und die „Verbindung“ mit dem Konkurs der vor der Eröffnung entstandenen Sicherheiten führen zu einem Anstieg der Konkurskosten. Diese

⁴¹ Vgl. hierzu *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, S. 177, 180 ff.

⁴² So *Alonso Ledesma*, in: *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra*, Derecho Concursal, S. 357, 367.

Kosten können nicht vorab als Masseforderungen vom Verwertungserlös der Sicherheit und des Privileges abgezogen werden. Die Erhaltungs- und Verwaltungskosten sind daher von allen Konkursgläubigern zu tragen. Darüber hinaus entstehen fortwährend neue Verzugszinsen⁴³. Da sich die Verlängerung der Aussetzung in eine unerträgliche Last für die Konkursmasse verwandeln kann, wird in der spanischen Literatur⁴⁴ eine andere Fassung des Art. 56 LC vorgeschlagen: Die Konkursverwaltung solle dem Gläubiger erlauben können, vor Ablauf der Fristen in Art. 56 LC eine abgesonderte Vollstreckung einzuleiten, wenn dies aufgrund der Konkursinteressen gerechtfertigt erscheint. Dieser Vorschlag geht in die richtige Richtung. Der Gesetzgeber müsste die Regelung der Art. 56, 57 LC aber insgesamt überarbeiten und ändern. Ein durchdachtes, weitsichtigeres Konzept, das nicht nur die Wirkung der Aussetzung für die gesicherten Gläubiger selbst, sondern auch die Folgen für das gesamte Verfahren einbezieht und ausgewogen berücksichtigt, würde den jetzigen Problemen Abhilfe schaffen.

Schließlich findet auch das zur Rechtfertigung der Vollstreckungsaussetzung (*stay*) vom Gesetzgeber herangezogene Argument, die Vermögensgegenstände des Schuldners würden ihren höchsten Wert als Bestandteil eines Ganzen erzielen und nicht als individuelles Objekt in einer Einzelverwertung, keine Entsprechung im Konkursgesetz. Denn Art. 56, 57 LC verbieten eine abgesonderte Vollstreckung nicht völlig, selbst wenn ein Vergleich zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.

Für die Gründe der Vollstreckungsaussetzung sollen in diesem Zusammenhang die Worte U.S. amerikanischer Insolvenzrechtsexperten⁴⁵ sprechen, die für den spanischen Gesetzgeber ebenso zutreffen sind: „*Even most remarkable is their wonderful capacity for hope, their unshakeable faith that, given time, the firm's ship will come in*“.

5. Schlussfolgerung

Anders als in Spanien ist die uneingeschränkte Ausübung des Rechts auf abgesonderte Befriedigung in Deutschland grundsätzlich nicht davon abhängig, ob die Sache, auf der die Sicherheit ruht, von der schuldnerischen Tätigkeit betroffen oder für diese erforderlich ist. Der Insolvenzverwalter kann nur in bestimmten Fällen die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung beantragen und damit die gleiche Wirkung wie im spanischen Recht erzielen.

⁴³ Zu dieser Problematik nach altem Recht, vgl. *Beltrán Sánchez*, in: *Preferencias del crédito*, S. 201, 236 ff.

⁴⁴ *Carrasco Perera*, *Los derechos de garantía*, S. 115.

⁴⁵ *Baird/Jackson*, *Corporate Reorganization and the Treatment of Diverse Ownership Interest: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors*, S. 126, bezogen sich in ihrer Äußerung eigentlich auf Insolvenzrichter.

Auch hier kann der Aspekt herangezogen werden, dass das Grundstück für die Fortführung des Unternehmens benötigt wird. Dem spanischen und deutschen Gesetzgeber schwebte somit ein ähnlicher Gedanke – der Unternehmenserhalt – vor Augen, wobei verschiedene Ansätze gewählt wurden. Um die Vollstreckung in die belastete Immobilie auszusetzen bzw. einstweilen einzustellen, bedarf es in Deutschland zusätzlicher Schritte: Der Insolvenzverwalter muss erst aktiv werden, einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Vollstreckung stellen und das Gericht muss dem Antrag stattgeben.

Das deutsche Recht geht daher wesentlich differenzierter vor als das spanische, das die Vollstreckungsaussetzung automatisch, also ohne weitere Schritte mit der Konkurseröffnung anordnet. Die deutsche Regelung zur einstweiligen Einstellung auf Antrag des Insolvenzverwalters ist komplexer und berücksichtigt verschiedene Konstellationen, so dass die Fälle individueller gelöst werden können als im spanischen Konkursgesetz. Sie ist damit erheblich flexibler als die pauschale Vollstreckungsaussetzung nach spanischem Recht, die darüber hinaus zeitlich lange andauern kann und damit Wertverluste an der Immobilie provoziert. Gegenüber der deutschen Regelung ist die spanische eher starr und kaum beweglich. Berücksichtigt man fernerhin den Kostenanstieg und den fehlenden Ausgleich, gereicht die spanische Regelung im Vergleich zur deutschen Regelung den Gläubigern von Immobiliarsicherheiten zum Nachteil.

Darüber hinaus stellt sich bei der automatischen Vollstreckungsaussetzung im spanischen Recht ohnehin die Frage nach deren Sinn. Bedenkt man nämlich, dass die Grundpfandgläubiger einem Vergleich nicht unterworfen werden können, dürften sie höchstens aufgrund der langen Zeitspanne der Aussetzung, sozusagen durch „Müribewerden“, zu einer Zustimmung zu bewegen sein.

Eindeutig vorteilhafter, praktikabler und allgemein flexibler stellt sich daher im Ergebnis die deutsche Regelung gegenüber der spanischen dar und schneidet im Vergleich besser ab, wobei sich über ihre Flexibilität im Besondern freilich auch streiten lässt. Die automatische Vollstreckungsaussetzung des spanischen Rechts sollte in jedem Fall überdacht werden. In Anlehnung an das deutsche Recht sollte sie durch eine individuellere und flexiblere Regelung der abgeordneten Befriedigung ersetzt werden.

Für die spanischen Gläubiger sind nur ihr Stimmhaltungsrecht und die fehlende Bindung an einen Vergleich von Vorteil. Das derzeitige Zusammenspiel der beiden Regelungen ist jedoch wenig überzeugend und effektiv. Denn letztlich wird durch die Ungebundenheit an einen Vergleich die mit der Vollstreckungsaussetzung bezweckte Wirkung wieder ausgehebelt.

II. Zuständigkeit bei der abgesonderten Befriedigung

In Spanien hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, die Zuständigkeit aller in einem Konkursverfahren aufgeworfenen Fragen in die Hand des Konkursrichters zu geben. Hierzu zählen ebenso alle Vollstreckungsverfahren, so dass die Verfahren zur abgesonderten Befriedigung vorm Konkursrichter zu betreiben sind. Ähnliche Überlegungen gab es zwar auch in Deutschland (§ 187 Abs. 1 des Regierungsentwurfs, der eine Übertragung der Zuständigkeit auf die Insolvenzgerichte vorsah), dennoch verblieb die Zuständigkeit für die abgesonderte Befriedigung wegen der Sachnähe letztlich bei den ordentlichen Gerichten.

Die zentrale Zuständigkeit des Konkursrichters ist in Spanien grundsätzlich zu begrüßen, bedenkt man die vormals verstreuten Zuständigkeiten, die in der Vergangenheit zu extrem langwierigen Verfahren geführt haben. Selbst bei der abgesonderten Befriedigung macht die derzeit ausschließliche Zuständigkeit des Konkursrichters im jetzigen System Sinn – nämlich im Hinblick auf den nach spanischem Recht nunmehr geltenden Grundsatz der Vollstreckungsaussetzung. Danach hat der Konkursrichter einheitlich über die Frage der Betroffenheit zu entscheiden und verfügt insofern gegenüber einem ordentlichen Richter über Spezialwissen. Ist das Verfahren allein schon wegen dieser Frage bei ihm angelangt, erscheint seine weitere Zuständigkeit hierfür zweckmäßig.

Bei einer Änderung der derzeit geltenden Aussetzungsregel wäre allerdings auch die Zuständigkeit zu überdenken. Führt doch der Umstand, dass nur der Konkursrichter darüber entscheiden kann, ob die Sache, auf der die Sicherheit lastet, von der schuldnerischen Tätigkeit betroffen ist oder nicht, stets zu einer Verzögerung des Verfahrens. Selbst wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass die Sache nicht betroffen ist, und deshalb aus der Sicherheit weiter hätte vorgegangen werden können, ist die Verzögerung eingetreten und kann nicht ungeschehen gemacht werden. Da der Konkursrichter das Verfahren erst an sich ziehen muss, kommt es deshalb selbst dann zu einer Verfahrensverzögerung, wenn von Anfang an feststeht, dass die Sache nicht von der Tätigkeit betroffen ist, was an sich die ungehinderte Fortsetzung des Verwertungsverfahrens erlauben würde. Diese starre Regelung benachteiligt die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten, zumal der ordentliche Richter im Falle der abgesonderten Befriedigung über die größere Sachnähe verfügt als der Konkursrichter.

Im Vergleich schneidet daher auch in diesem Punkt die deutsche Regelung besser ab und erweist sich als praktikabler und für die grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger vorteilhafter

als die spanische Regelung der zentralen Zuständigkeit des Konkursrichters. Denn in Deutschland müssen derart gesicherte Gläubiger weder zeitliche noch in der fehlenden Sachnähe begründete Verluste hinnehmen.

III. Befriedigung der Sicherungsinhaber durch den Verwertungserlös der Immobilie

Ebenso wie im deutschen Recht (§ 49 InsO) erfolgt die Befriedigung der grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger auch in Spanien grundsätzlich durch den Erlös, der mit der Verwertung der belasteten Sache erzielt wird (Art. 155 LC). Reicht der Erlös zur Befriedigung des besonders privilegierten bzw. absonderungsberechtigten Gläubigers nicht aus, ist der Rest aus der Konkursmasse (Art. 157 Abs. 2 LC) bzw. aus der Insolvenzmasse zu begleichen (§ 52 S. 2 Inso). In Spanien existiert darüber hinaus jedoch noch die Möglichkeit, dass die Konkursverwaltung eine Befriedigung der besonders privilegierten Gläubiger zulasten der Insolvenzmasse ohne Verwertung der Sachen vornimmt (Art. 155 Abs. 2 LC), so dass sich ihre Forderungen in Masseforderungen verwandeln (Art. 84 Abs. 2 Nr. 7 LC). Diese Regelung ist im Zusammenhang mit der Vollstreckungsaussetzung zu sehen, denn hierdurch soll der Konkursverwaltung die Möglichkeit gegeben werden, den privilegierten Gläubigern noch vor Ablauf der doch sehr langen Vollstreckungsaussetzung zu einer Befriedigung zu verhelfen, und den durch einen Wertverlust der Sache entstehenden Nachteil weitestmöglich abzuwenden.

E. Schlussbetrachtung und Ausblick

I. Zusammenfassung

Die Reform des spanischen Insolvenzrechts wurde in Spanien lange erwartet, um nicht zu sagen ersehnt. Das neue Konkursgesetz ist das Ergebnis einer wesentlichen Umgestaltung, die vor allem zwei Zielen diente: Zum einen sollte eine Systemerneuerung vorgenommen werden, obwohl man, um präzise zu sein, eher von der Einführung eines Systems sprechen muss. Denn nach altem Recht war so gut wie gar kein System vorhanden, weshalb von Lehre und Wirtschaft schon seit langem die Schaffung eines echten Systems gefordert wurde. Zum anderen sollte ein Beitrag zur Harmonisierung des Rechts der europäischen Mitgliedstaaten geleistet werden, indem die Neuregelung der empfohlenen Koordinierung folgt⁴⁶.

⁴⁶ *Castillo Martínez*, AC 2003 – III, S. 885, 904 f.

Das Konkursgesetz selbst ist ein recht systematisches Gesetz, das mit seinen gut gegliederten 230 Artikeln dem normativen Chaos, das zuvor herrschte, ein Ende setzt, wenngleich es nicht völlig frei von Fehlern⁴⁷ ist.

Möchte man die wesentlichen Neuerungen der spanischen Konkursrechtsreform hinsichtlich der hier betrachteten Sicherheiten in ein paar Worten zusammenfassen, fallen bei der Reform besonders die Begrenzung der abgesonderten Vollstreckung dinglicher Sicherheiten im Konkurs ins Auge sowie der Ausschluss der dinglich gesicherten Gläubiger von der Wirkung eines Vergleichs, wenn sie sich mit diesem nicht individuell einverstanden erklärt haben. Bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass sich beide Zielvorgaben nicht gleichzeitig durchsetzen lassen, ohne dabei in einen Wertungswiderspruch zu geraten. Dies offenbart, wie wenig der spanische Gesetzgeber sein Konzept an dieser entscheidenden Schnittstelle durchdacht hat, auch wenn er in der Begründung des Konkursgesetzes noch so hochtrabende Worte verwendet haben mag.

Im deutschen Insolvenzverfahren wird den Grundpfandgläubigern das Recht auf abgesonderte Befriedigung hingegen grundsätzlich uneingeschränkt zugestanden und nur in bestimmten Fällen auf Antrag des Insolvenzverwalters einstweilen beschränkt. Das deutsche Recht geht damit weitaus differenzierter vor und zeichnet sich durch flexiblere Handhabungsmöglichkeiten aus. Daneben besteht im Insolvenzplanverfahren die Möglichkeit, auch solche Gläubiger an einen Plan binden zu können und im Wege des Obstruktionsverbots zu einer gemeinschaftlichen Lösung zu finden.

In einigen Punkten kann das neue spanische Konkursgesetz daher als klarer Angriff auf die Sicherungsrechte verstanden werden – nämlich sowohl hinsichtlich des Ruhens und der Aussetzung von Vollstreckungsverfahren aus dinglichen Sicherheiten als auch bezüglich der automatischen Nachrangigkeit bestimmter Forderungen und der damit einhergehenden Löschung der jeweiligen Sicherheiten. Letzteres stellt insbesondere für solche Personen ein Schreckensszenario dar, die dem Schuldner nahe stehen und mit diesem Geschäfte tätigen, wenn dieser noch nicht einmal in Zahlungsschwierigkeiten geraten, sondern noch solvent ist, oder aber für solche, die ihm nahe stehen und ihm in finanziell kritischen Situationen Hilfe leisten wollen. Wenn all diese Personen pauschal als Betrüger verurteilt und aufgrund dieser unwiderlegbaren Vermutung mit dem sicheren Forderungsausfall bestraft werden, kann dies nur als gesetzgeberischer Fehlgriff betrachtet werden. Die deutsche Regelung geht in diesem Punkt weniger engmaschig vor, ohne aber die Möglichkeit, tatsächlich auf betrügerische Art

⁴⁷ Zu einigen Kritikpunkten im Allgemeinen *Dominguez Calatayud*, RCDI 2004, Nr. 682, S. 817, 823 f.

und Weise zustande gekommene Geschäfte mit nahe stehenden Personen angreifen zu können, außer Acht zu lassen. Sie erscheint wesentlich gerechter, da die jeweiligen Vermutungsregelungen des Anfechtungsrechts widerlegbar sind, so dass die Fälle individuell gelöst werden und redliche Gläubiger einen Gegenbeweis erbringen können, um sich zu wehren. Zudem ist im deutschen Recht eine zeitliche Begrenzung im jeweiligen Anfechtungstatbestand vorgesehen, die im spanischen Recht fehlt, weshalb es dort keine Rolle spielt, wann das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde und wie lange es bereits zurückliegt. Eine zeitliche Beschränkung ist jedoch erforderlich, wie dies in den Anfechtungsregelungen im spanischen Recht sogar vorgesehen ist. Denn dort hat der spanische Gesetzgeber eingesehen, dass eine Rechtsunsicherheit, wie sie von der *retroacción de la quiebra* ausging, nicht haltbar ist. Die derzeitige Regelung der automatischen Nachrangigkeit in Spanien ist ungerecht und bedarf einer dringenden Änderung. Hier sollte sich der spanische Gesetzgeber an der deutschen Regelung orientieren, sowohl hinsichtlich der Nachrangigkeit als auch in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften des Schuldners, die mit nahe stehenden Personen zustande gekommen sind.

Gegenüber diesen Nachteilen erscheinen andere Regelungen des spanischen Konkursgesetzes wiederum vorteilhaft für die grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger. Zu den Vorteilen zählt auf jeden Fall, dass das Gesetz mit der Bevorzugung von Lohnforderungen bzw. öffentlich-rechtlichen Forderungen vor dinglich gesicherten Forderungen gebrochen hat. Zu begrüßen ist außerdem, dass die Tradition beibehalten wurde, den gesicherten Gläubigern ein Stimmhaltungsrecht bei Vergleichen zu gewähren.

Gerade im Insolvenzrecht tut sich aber häufig eine Kluft auf zwischen dem, was eine Norm intendiert, und dem, was durch die Anwendung der Norm effektiv als Ergebnis erzielt werden kann. Zunächst ist immer das Konkursverfahren zwischengeschaltet, dessen Verlauf vielerlei Unwägbarkeiten und Risiken in sich birgt. Es sind viele Personen mit unterschiedlichen Interessen darin verwickelt, und von großer Bedeutung ist der Zeitfaktor. Denn mitunter bedeutet der materielle Gehalt einer Norm im Konkurs fast nichts, Zeit hingegen alles. Die konkursrechtliche Behandlung grundpfandrechtlich gesicherter Gläubiger ergibt sich nicht nur aus den Vorschriften des Konkursgesetzes allein, sondern hängt auch von den realen Möglichkeiten des gesicherten Gläubigers ab, d.h. wie er ein Konkursverfahren lenken oder in einem solchen bestehen kann. Von überragender Bedeutung ist vor allem die Beständigkeit seiner Sicherheit, denn die mit dem Verfahren verstreichende Zeit bedroht die Sicherheit in Form von Wertverlust.

In diesem Zusammenhang wirkt sich vor allem der lange Zeitraum der Vollstreckungsaussetzung negativ aus. Auch wenn die Maximalfrist von einem Jahr nicht in allen Fällen ausgereizt wird, so ist doch sicher, dass allein die Aussicht hierauf die Konditionen von Kreditvergaben beeinflussen wird. Daher hätte die Aussetzung von einer entsprechenden Modifizierung der Vorschriften der spanischen Staatsbank (*Banco de España*) bezüglich wirtschaftlicher Krisensituationen begleitet sein müssen⁴⁸, Insbesondere die Vorschriften zur Rückstellung für Risiken im Rahmen der Buchführung der Kreditinstitute hätten angepasst werden müssen. Dies würde die Gefahr einer Verschärfung der Kreditbedingungen sehr wahrscheinlich abschwächen. Angesichts der zu befürchtenden Auswirkungen der Vollstreckungsaussetzung scheint eine entsprechende Gesetzesänderung im Bereich des Finanzwesens durchaus angebracht. Was aber vor allem überdacht werden sollte, ist der zeitliche Rahmen der Aussetzung der Vollstreckung aus dinglichen Sicherheiten im Allgemeinen und aus Hypotheken im Besonderen.

II. Erste Praxisbilanz

Um eine wirklich aussagekräftige Bilanz über die Anwendung des Konkursgesetzes aus Sicht der Praxis ziehen zu können, ist die Zeit, die seit Inkrafttreten des Konkursgesetzes im September 2004 verstrichen ist, sicherlich zu kurz. Erste Einschätzungen und Erfahrungsberichte⁴⁹ zeigen vor allem in Bezug auf die Tätigkeit der Konkursorgane eine insgesamt positive Tendenz. Dies ist zum größten Teil auf die spezialisierten Konkursrichter zurückzuführen, die schwierige Fragen in der Anwendung des Konkursgesetzes gelöst haben.

Weniger positiv fällt hingegen die Einschätzung aus, wenn man darauf abstellt, wie das Konkursgesetz von den betroffenen Unternehmen und Bürgern angenommen worden ist. Denn innerhalb der spanischen Gesellschaft und Wirtschaft herrscht auch nach fast drei Jahren Gültigkeit des Gesetzes noch immer ein erheblicher Informationsmangel und eine starke Verunsicherung bezüglich der neuen Rechtslage im Allgemeinen und bezüglich der Möglichkeiten, die das neue Konkursgesetz bietet, im Besonderen. Die spanischen Unternehmen sind noch nicht gebührend über das neue Konkursverfahren informiert worden und haben sich deshalb nicht ausreichend mit den tief greifenden Gesetzesänderungen vertraut machen können. Das vom Gesetzgeber beabsichtigte Ziel, den Erhalt eines in die Insolvenz geratenen Unterneh-

⁴⁸ Vgl. *Pulgar Ezquerro*, RDM 2003, S. 1425, 1477.

⁴⁹ Etwa *Antonio López Aparecero*, Präsident der Nationalen Vereinigung der Konkursverwalter (*Asociación Nacional de Administradores Concursales*), in einem Interview von vLex v. 8.5.2006, abrufbar unter <http://derecho.vlex.com/actualidad/noticia.aspx?id=295519&categoria=EN>.

mens durch das Konkursverfahren zu ermöglichen, ist den Betroffenen und Beteiligten in der Praxis noch nicht hinreichend klar geworden. Das für den Unternehmenserhalt konzipierte Verfahren, das die hierfür notwendigen Mittel im Wege des Vergleichs zur Verfügung stellt, wird von außen bislang mehr als Liquidationsverfahren verstanden. Dies belegen auch die Verfahrenszahlen, da von den durchgeführten Verfahren etwa 80% bis 90 % in einer Liquidation endeten⁵⁰.

III. Ausblick

Das Konkursgesetz hat es bislang also noch nicht geschafft, das – aufgrund der äußerst defizitären alten Rechtslage – fehlende Vertrauen in das spanische Konkursrecht wieder aufzubauen und zu stärken. Aus diesem Grunde werden sowohl in der Praxis⁵¹ als auch in der Literatur weitergehende Änderungen gefordert, die die Anwendung des Konkursverfahrens bei den Anwälten der Unternehmen populärer machen und fördern sollen. Daneben gilt es, die subjektive Einstellung von Unternehmen, Anwälten und Ökonomen zu ändern. Sie müssen die Möglichkeiten erkennen, die ein Konkursverfahren zur Rettung von Unternehmen und zur Befriedigung der Gläubigerforderungen bietet. Der Konkurs darf nicht mehr nur als ein Verfahren wahrgenommen werden, das nahezu ausschließlich der Schließung und Liquidation von Unternehmen dient. Diese Sichtweise würde bedeuten, dass sich das Insolvenzrecht in den Augen der Betroffenen nicht weiterentwickelt hätte, sondern vielmehr immer noch dem überkommenen Konzept der neunziger Jahre anhinge. An dieser Stelle herrscht akuter Aufklärungsbedarf.

Der spanische Gesetzgeber hat schließlich das Vergleichsverfahren als neues Regelverfahren konzipiert und dessen Etablierung zum gesetzgeberischen Ziel erklärt. Es bleibt abzuwarten, ob sich dieses Verfahren in der Praxis durchsetzen wird. Denn in Deutschland stellt das Insolvenzplanverfahren, das dem spanischen Vergleichsverfahren ähnelt, eher die Ausnahme als die Regel dar.

In Bezug auf die im spanischen Recht bestehende Dualität der Rangordnungen, abhängig davon, ob es sich um ein Einzelzwangsvollstreckungsverfahren oder aber um ein Gesamtvollstreckungsverfahren handelt, wird in Spanien große Hoffnung in die Reform der Rangord-

⁵⁰ Zu diesen Zahlen in einem Interview mit *Antonio López Aparecero* von vLex v.8.5.2006, abrufbar unter <http://derecho.vlex.com/actualidad/noticia.aspx?id=295519&categoria=EN>.

⁵¹ Das *Registro de Economistas Forenses* (REFor) hat sich für eine Reform in diesem Punkt ausgesprochen. Abrufbar unter www.leyconcursal.com unter *Cambios necesarios en materia concursal* v. 20.3.2006.

nung des Zivilgesetzbuches gesetzt. Ersehnt wird eine Harmonisierung der Rangordnungssysteme, die den Strategien und unerwünschten Vorgehensweisen der Gläubiger zur Erlangung ihrer Forderungsbefriedigung entgegen wirkt. Es soll eine größtmögliche Angleichung des Rangordnungssystems des *Código Civil* an das der *Ley Concursal* erreicht werden⁵². Würde es jedoch durch die Neuregelung ohnehin zu einem ungefähren Gleichlauf der Rangordnungen kommen, stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber dieses Problem nicht sogleich mit der Konkursrechtsreform angegangen und im Zivilgesetz nicht einfach einen Verweis auf die Regelung im Konkursgesetz verankert hat. Denn so entstand in der Zeit zwischen Inkrafttreten des Konkursgesetzes und der erst noch umzusetzenden Reform der zivilgesetzlichen Rangordnung unnötige Unruhe. Die Divergenz der Rangordnungen bot ausreichend Sprengstoff, um den Erfolg der Konkursrechtsreform selbst ins Wanken zu bringen.

Inwieweit indes die vom Justizministerium auf den Weg gebrachte, vom Ministerrat (*Consejo de Ministros*) am 21. Juli 2006 beschlossene⁵³ und am 8. September 2006 im Kongress (*Congreso de los Diputados*) verabschiedete Neuregelung (*Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares*)⁵⁴ das bestehende Dilemma entschärfen kann, ist fraglich, da die Zweigeteiltheit der Rangordnungen in Spanien letztlich bestehen bleibt. Den Auftrag für eine solche Reform hatte bereits das Konkursgesetz mit seinem Inkrafttreten 2004 gegeben (D.F. *trigésima tercera*, vgl. auch im 3. Kapitel A.I.). Das Rangfolgesystem in der Einzelzwangsvollstreckung soll durch die geplante, nunmehr endlich angegangene Reform zum einen rationalisiert werden, zum anderen aber auch an das Rangfolgesystem der Gesamtvollstreckungen angeglichen werden⁵⁵. Dies ist insgesamt positiv zu bewerten. Die Harmonisierung soll hierbei jedoch nicht die mechanische Übertragung des Konkursrangfolgesystems auf die außerkonkursrechtliche Rangfolge der Forderungen bedeuten⁵⁶. Die Regelung soll im *Código Civil* vereinheitlicht werden. Insbesondere sollen zuvor spezialgesetzlich geregelte Privilegien wie Steuerschulden oder Sozialversicherungsschulden im CC aufgenommen werden. Auch dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Negativ stößt aller-

⁵² Consejo Económico y Social in seinem Gutachten zur Reform der Rangordnungen (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares*) vom 31.5.2006 abrufbar unter <http://www.leyconcursal.com>.

⁵³ Vgl. hierzu die spanische Regierung unter http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20060324.htm#Deuda und Europa Press v. 21.7.2006, El Gobierno moderniza el sistema de preferencias entre acreedores a la hora de cobrar una deuda, unter <http://www.finanzas.com/id.9094564/noticias/noticia.htm>.

⁵⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 98-1, v. 8.9.2006, Proyecto de Ley 121/000098, sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

⁵⁵ Consejo Económico y Social in seinem Gutachten zur Reform der Rangordnungen (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares*) vom 31.5.2006 abrufbar unter <http://www.leyconcursal.com>.

⁵⁶ Wie dies von der Regierung betont wird, vgl. unter http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20060324.htm#Deuda.

dings auf, dass schon wieder ein neues Privileg eingeführt werden soll: Haben Arbeitnehmer eines Unternehmens, für dieses Unternehmen Immobilien errichtet, soll ihnen hieran eine Sicherheit für ihre Lohnforderungen eingeräumt werden.

Schwerer wiegt indes die im Falle der Liquidation geplante „Harmonisierung“ der Vorschriften des Konkursgesetzes mit den Regelungen der Abgabenordnung (*Ley General Tributaria*) in Bezug auf Steuerforderungen bzw. Sozialversicherungsforderungen. Die Regierung führt aus⁵⁷, dass eine harmonische Regelung aller öffentlich-rechtlichen Forderungen erreicht werden soll. Vorgesehen ist eine Änderung des Konkursgesetzes in Art. 91 Abs. 4 LC (*D.F. séptima* des Entwurfs), nach der Steuerforderungen, Sozialversicherungsforderungen und andere öffentlich-rechtliche Forderungen nur noch in einem Vergleichsverfahren der Beschränkung des allgemeinen Privilegs auf 50 Prozent des Gesamtbetrages unterliegen sollen. In einer Liquidation könnte das allgemeine Privileg der öffentlich-rechtlichen Forderungen somit vollumfänglich geltend gemacht werden. Diese Änderungspläne verdienen Kritik⁵⁸. Es werden alte, vom Konkursgesetz bereits beseitigte Privilegien reaktiviert. Dies stellt in jeder Hinsicht einen Rückschritt dar. Denn gerade die Abschaffung der Privilegien öffentlich-rechtlicher Forderungen galt als fortschrittlich. Eine unterschiedliche Reichweite der Privilegierung – je nachdem, ob ein Vergleichs- oder aber ein Liquidationsverfahren durchgeführt wird – erscheint darüber hinaus nicht gerechtfertigt. All das würde lediglich zu einer Störung des Gleichgewichts und des Konsenses führen, der dem Konkursgesetz zugrunde liegt. Vereinen sich doch in diesem Konsens verschiedene Ziele, die mit dem Interesse verbunden sind, den Erhalt eines Unternehmens in finanziell kritischen Situationen zu fördern. Eine Änderung dieser Vorschrift erscheint noch weniger gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass es sich um eine Norm handelt, die erst vor kurzem in Kraft getreten ist und der nicht ausreichend Zeit gelassen wurde, sich zu beweisen und zu zeigen, dass sie dem Erreichen des vorgegebenen Zieles zu dienen vermag⁵⁹. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass diese rückschrittlichen Pläne im Gesetzgebungsverfahren vom Senat⁶⁰ verworfen werden.

⁵⁷ Unter [http://www.la-moncloa.es/Consejode Ministros/Referencias/_2006/refc20060324.htm#Deuda](http://www.la-moncloa.es/Consejode%20Ministros/Referencias/_2006/refc20060324.htm#Deuda) bzw. auch unter <http://www.leyconcursal.com> unter Noticias v. 27.3.2006 Concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares.

⁵⁸ Kritisch gegenüber der Reform Antonio López Aparecerro, in einem Interview bei vLex v. 8.5.2006 unter <http://derecho.vlex.com/actualidad/noticia.aspx?id=295519&categoria=EN>.

⁵⁹ So der Consejo Económico y Social in seinem Gutachten zur Reform der Rangordnungen (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares*) vom 31.5.2006 abrufbar unter <http://www.leyconcursal.com>.

⁶⁰ Bereits seit 11. September 2006 im Rechtsausschuss des Senats (*Comisión de Justicia*), vgl. *Comisión de Justicia* v. 12.01.2007, www.senado.es/legis8/expedientes/cjust.pdf.

Was das neue spanische Konkursrecht in Bezug auf Immobiliarsicherheiten betrifft, lässt sich abschließend konstatieren, dass der Wert einer solchen Sicherheit im Konkurs des Schuldners von einer Vielzahl von Faktoren⁶¹ abhängt. Im Ergebnis ist eine Sicherheit im Konkurs nach dem derzeit geltenden Konkursgesetz umso effektiver,

- a) wenn die Sicherheit dem Gläubiger Schutz vor mangelnder Information über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bietet.
- b) wenn dem Konkursschuldner ein besonderer Anreiz zur Erfüllung gegeben wird, weil etwa die Vollstreckungskosten höher als die der Erfüllung wären.
- c) wenn der Gläubiger von den Strategien des Schuldners und seinen Entscheidungen nicht berührt wird.
- d) wenn der gesicherte Gläubiger nicht Gefahr läuft, den Entscheidungen der anderen Beteiligten im Konkurs ausgesetzt zu sein. Konkursfestigkeit ist daher grundsätzlich gegeben, wenn Entscheidungen des Schuldners oder der Konkursverwaltung gegenüber dem gesicherten Gläubiger keine Wirkung entfalten, es sei denn, dieser hat ihnen ausdrücklich zugestimmt.
- e) je mehr und je besser die Sicherheit den Gläubiger von Ansprüchen früherer und späterer Gläubiger fernhält. Eine Sicherheit ist daher nicht konkursfest, wenn die restlichen Konkursgläubiger und die zukünftigen Gläubiger der Konkursmasse Ansprüche geltend machen können, durch die dem gesicherten Gläubiger ein Teil des Wertes seiner Sicherheit entzogen wird, bevor dieser selbst vollständig befriedigt ist.
- f) wenn der Gläubiger aufgrund seiner Sicherheit Vollstreckungskosten spart. Eine Sicherheit ist umso konkursfester je weniger die Vollstreckung von Kosten behindert oder erschwert wird, die auf Verfügungen im Konkurs beruhen. Entscheidend ist, ob sich der gesicherte Gläubiger an den Kosten des Konkurses beteiligen muss. Jene Kosten dürfen nicht höher sein, als die durch ein individuelles Vorgehen verursachten Kosten. Ein Nachteil ist daher nicht gegeben, wenn die Kosten auf einem vergleichbaren Niveau liegen.
- g) wenn der Gläubiger tatsächlich über Mittel verfügt, mit deren Hilfe eine rasche Wertminderung seines Vermögenswertes verhindert und der bei einer Verwertung erzielte Wert über dem des Forderungsbetrages gehalten werden kann. Der Bestand der Sicherheit hängt

⁶¹ Vgl. zu dieser Frage insbesondere auch *Carrasco Perera*, Los derechos de garantía, S. 39, aber auch *Adams*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, S. 153 und *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, S. 115, 135.

nicht nur von den Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers ab, sondern auch davon, ob die Vermögenswerte ausreichend geschützt sind, wenn im Konkurs die Vollstreckung ausgesetzt wird, und davon, ob der Gläubiger vor den Strategien der Konkursverwalter sicher ist.

Anhand dieser Punkte wird die nach dem geltenden spanischen Konkursgesetz optimale Wirkung einer Sicherheit, insbesondere einer Immobiliarsicherheit aufgezeigt. Die im Wege des Rechtsvergleichs aufgedeckten Schwächen und Nachteile des Konkursgesetzes, die sich für die Grundpfandgläubiger ergeben, wurden hierbei jedoch nicht berücksichtigt. Unter Zugrundelegung einer veränderten und für die Grundpfandgläubiger verbesserten Rechtslage, wäre eine Immobiliarsicherheit über die oben genannten Punkte hinaus am effektivsten, wenn

- a) die Regelung der Nachrangigkeit dahingehend geändert würde, dass tatsächlich nur noch solche Fälle erfasst sind, die der spanische Gesetzgeber mit der Nachrangigkeit abstrafen wollte, d.h. die Forderungen auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters wie dies in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorgesehen ist. Denn hier liegt eine Insiderstellung vor, die bei Familienangehörigen in der Regel nicht gegeben ist. Deren Forderungen wären deshalb den Anfechtungsregeln zu unterwerfen, wobei auch hier wie in Art. 71 Abs. 3 Nr. 1 LC ein Vermögensnachteil für die Aktivmasse nur widerlegbar vermutet werden dürfte.
- b) die automatische Aussetzung von Vollstreckungen aus Immobiliarsicherheiten, die auf Sachen lasten, die von der Tätigkeit des Schuldners betroffen sind, abgeschafft und durch eine differenziertere Lösung ersetzt würde, die eine größere Flexibilität erlauben würde. Denn ohne die Gläubiger dieser Sicherheiten an einen Vergleich oder eine gemeinschaftliche Lösung binden zu können, erscheint die derzeitige Aussetzungsregelung nutzlos und bringt den Gläubigern der Immobiliarsicherheiten nur Nachteile.

Somit ist es letztlich gerade diese Regelung, die massiv in die Rechte der spanischen Grundpfandgläubiger eingreift und ihre Position innerhalb des Konkurses erheblich verschlechtert. Im Vergleich zur alten Rechtslage verlieren diese Gläubiger trotz der besonderen Privilegierung ihre herausragende Stellung, da ihnen das Recht auf abgesonderte Vollstreckung nur noch eingeschränkt gewährt wird. Von einem „Thron der Hypothek“ (*“trono de la hipoteca”*), den diese Sicherheit bislang innehatte, kann daher nur noch bedingt gesprochen werden. Erst eine Gesetzesänderung, die die genannten Vorschläge berücksichtigen würde, könnte der Hy-

pothek, die die spanischen Immobiliarsicherheiten in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung unangefochten anführt, zu ihrem „majestätischen“ Status zurückverhelfen.

Hiermit erkläre ich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass mich niemand bei der Auswahl und Auswertung des Materials sowie bei der Herstellung des Manuskripts unterstützt hat;
- dass ich die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen habe und dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten empfangen haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt der vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche noch eine andere Abhandlung bei einer Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Achern, am 06. Oktober 2007

Amrei Schröder

Thesen

1. Art. 56 LC ist im Wege der historischen und teleologischen Auslegung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus Immobiliarsicherheiten zu entnehmen, die nicht auf Sachen ruhen, die von der beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners betroffen sind.
2. Das neue spanische Konkursgesetz ist hinsichtlich der Aussetzung von Vollstreckungsverfahren aus dinglichen Sicherheiten (Art. 56, 57 LC) als Angriff auf Immobiliarsicherheiten zu verstehen. Es besteht eine große Diskrepanz zwischen der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56 LC und der fehlenden Wertsicherung der Immobilie, die als Sicherheit dient. Die Gläubiger von Immobiliarsicherheiten erhalten während der Vollstreckungsaussetzung keinen Nachteilsausgleich wie im deutschen Recht nach § 30 e Abs. 1 und 2 ZVG.
3. Die Gestaltung der Vollstreckungsaussetzung nach Art. 56, 57 LC ist verfehlt. Anders als im deutschen Insolvenzplanverfahren existiert im spanischen Recht kein Obstruktionsverbot wie nach § 245 InsO. Die Grundpfandgläubiger können nicht an einen Vergleich gebunden werden (Art. 123 LC).
4. Die automatische Nachrangigkeit bestimmter Forderungen und die damit einhergehende Löschung der jeweiligen Sicherheiten (Art. 92 Nr. 5 i.V.m. Art. 97 Abs. 2 LC) stellt einen weiteren Angriff auf Immobiliarsicherheiten dar. Die wahllose Nachrangigkeit aller Forderungen aufgrund der bloßen Tatsache, dass deren Inhaberschaft auf eine Person fällt, die mit dem Schuldner besonders verbunden ist, verstößt gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Die Regelungen im deutschen Recht zur Nachrangigkeit wegen Unterkapitalisierung nach § 39 Abs. 1 Nr. 4, 5 InsO bzw. zur Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff., 135 InsO sind differenzierter.
5. Der spanische Gesetzgeber ist bei der Abschaffung der *retroacción de la quiebra* nicht weit genug gegangen. Bei den Anfechtungsregeln hätte er auf das komplexe und in sich widersprüchliche Geflecht von Vermutungen für Vermögensschäden verzichten und stattdessen wie im deutschen Recht in §§ 129 ff. InsO die subjektive Komponente stärker einbinden sollen.